EIGENTUM AN GEWÄSSERN.

HERMANN REISERER.

EIGENTUM AN GEWÄSSERN.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DES RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORGRADES

VORGELEGT VON

HERMANN REISERER,

RECHTSPRAKTIKANT AUS MÜNCHEN.

ACAD
LUGD.BAT
BIBL

MÜNCHEN 1909.

GRAPHISCHE KUNSTANSTALT JOS. C. HUBER, DIESSEN (OBERBAYERN).

Referent:
Professor Dr. Mendelssohn-Bartholdy.

Dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

Teil I.

Die allgemeinen Begriffe Sache und Eigentum.

1. Kapitel: Der Begriff der Sache 2
2. „ Der Begriff des Eigentums 5
3. „ Die Sachen als Eigentumsobjekte 8

Teil II.

Die Gewässer als Gegenstand des Eigentums.

4. Kapitel: Begriff und Arten der Gewässer 11
5. „ Wasser und Bett 14
6. „ Eigentum am Wassergrundstück 19
7. „ Eigentum an stehendem Wasser 23
8. „ Eigentum an fließendem Wasser 28
9. „ Rechtliche Konstruktion des Gewässereigentums 38

Teil III.

Standpunkt des bayrischen Wassergesetzes vom 23. März 1907 und des sächsischen Wassergesetzes vom 12. März 1909 in der Eigentumsfrage.

A. Das bayrische Wasserrecht.

10. Kapitel: Die öffentlichen Gewässer 41
11. „ Die Privatgewässer 44

B) Das sächsische Wasserrecht.

12. Kapitel: Die öffentlichen Gewässer 46
13. „ Die Privatgewässer 48

Schluß 50

Verzeichnis der hauptsächlich benützten Literatur.

Arndts von Arnsberg, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., herausgegeben von Pfaff und Hofmann. Stuttgart 1889.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Berlin 1885.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. Erlangen 1873.

Dernburg, das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens. Halle a. S. 1901. III. Bd. von Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Zitiert Dernburg B. R.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. unter Mitwirkung von Biermann, I. Bd. 1. Abt.; Berlin 1900. Zitiert Dernburg P.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl., Berlin Bd. I 1903, Bd. II 1905.

Gengler, das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen. Erlangen 1876.

Gierke, deutsches Privatrecht, Leipzig Bd. I 1895, Bd. II 1905. II. Abt. 3. Teil von Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig Bd. I 1885, Bd. II 1886. II. Abt., 2. Teil von Binding's Handbuch.

Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht. Halle a. S. 1903.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz erläutert, 3. Aufl. Berlin 1906.

Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893. I. Abt., 7. Teil, 1. Bd. von Binding's Handbuch.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl., München 1907. Bd. I, allgemeiner Teil, bearbeitet von Riezler und a., Bd. III, Sachenrecht, bearbeitet von Kober u. a.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. bearbeitet von Lehmann. Berlin 1896.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

Åström, über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa. Leipzig und Lund 1905.

Baumert, Unzulänglichkeit der bestehenden Wassergesetze in Deutschland Berlin 1876.

Brenner, das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. März 1907. München 1908.

Eymann, das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. März 1907. Ansbach Bd. I 1908, Band II 1909.

Harster und Cassimir, Kommentar zum Bayerischen Wassergesetze vom 23. März 1907. München 1908.

Heimbach sen., Artikel „Wasserrecht" in Weiske's Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten. Bd. XIV, Leipzig 1860.

Huber Eugen, Gestaltung des Wasserrechts im künftigen schweizerischen Recht. Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins. Basel 1900.

Jahns, Herkunft und Wesen des sächsischen Wasserrechts, im sächsischen Archiv für Rechtspflege Bd. I, S. 82 ff. Zitiert Jahns S. WR.

Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs. Diss. Zürich 1867.

Kloess, die allgemeinen Sachen Luft und Wasser. Halle a. S. 1907. Zitiert Kloess A. S.

Kloess, das deutsche Wasserrecht. Halle a. S. 1908. Zitiert Kloess WR.

Krische, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach sächsischem Rechte, im sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. V, S. 465 ff.

Mayer Otto, Artikel „Binnengewässer", „Flüsse", „Ströme" in Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. I und II. Freiburg i. B. 1890. Zitiert O. Mayer im V. WB.

Müller Eduard, das Flußwasser steht im Eigentum! Diss. Quedlinburg 1899.

Ossig, Römisches Wasserrecht. Leipzig 1898.

Seydel, Bayrisches Staatsrecht. 2. Auflage Freiburg i. B. und Leipzig 1896.

Wappaeus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. Göttingen 1867.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Zitiert Seuff. Arch.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Zitiert R. G.

Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts und Zivilprozesses.

Sammlung von Entscheidungen des bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (neue Folge).

Sammlung von Entscheidungen des bayrischen Verwaltungsgerichtshofes.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507206_0121

Einleitung.

Eine der umstrittensten Fragen des Wasserrechts ist es, zu der in der vorliegenden Arbeit Stellung genommen werden soll, nämlich die Frage, ob Eigentum an Gewässern möglich ist. Ihre grundlegende Bedeutung für die privatrechtliche Seite des Wasserrechts ist klar; ihre Beantwortung nach der einen oder anderen Richtung beeinflußt mit ihren Konsequenzen aber auch die verwaltungsrechtliche Ausgestaltung dieses Rechtsgebiets.

Die Aufgabe ist, vom juristischen Standpunkt aus, ohne Eingehen auf volkswirtschaftliche Fragen, an Hand der grundlegenden Rechtsbegriff zu untersuchen, ob die Annahme eines Eigentums an Gewässern haltbar ist, und die dabei gewonnenen Ergebnisse an den beiden neuesten Kodifikationen des Wasserrechts in Deutschland, dem bayrischen Wassergesetz vom 23. März 1907 und dem sächsischen Wassergesetz vom 12. März 1909 nachzuprüfen.

Das geltende deutsche Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde zum Ausgangspunkt für die Darstellung der allgemeinen Begriffe genommen; denn wenn auch im Art. 65 E.G. z. B.G.B. diejenigen Vorschriften, welche dem Wasserrechte angehören, dem Landesrechte vorbehalten werden, so ist doch das Wasserrecht zum Aufbau seiner privatrechtlichen Teile auf die allgemeinen Privatrechtsbegriffe angewiesen. Dabei ist es zwar rechtlich nicht ausgeschlossen, daß solche Begriffe nur mit Abänderungen übernommen oder selbständig abweichend ausgestaltet werden; doch dürfte dies aus naheliegenden Gründen praktisch nicht mehr vorkommen.

Teil I.

Die allgemeinen Begriffe Sache und Eigentum.

Wenn im folgenden zunächst von den beiden grundlegenden Begriffen der Sache und des Eigentums gesprochen wird, so ist es von vornherein ausgeschlossen, eine erschöpfende Darstellung dieser beiden Rechtsbegriffe nach allen Seiten hin zu geben; es kann sich vielmehr nur darum handeln, diejenigen Gesichtspunkte ihrer dogmatischen Ausgestaltung hervorzuheben, welche vor allem zur Lösung der Frage nach der Eigentumsfähigkeit der Gewässer beitragen können.

---

1. Kapitel.

Der Begriff der Sache.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch widmet der Sache eine der in den modernen Gesetzbüchern so seltenen Definitionen der allgemeinen Begriffe. § 90 BGB. sagt: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände". Zu diesem Ergebnis war die herrschende Lehre schon vorher gelangt, nur war es noch von Wenigen in dieser strikten Form zum Ausdruck gebracht worden; meist hatte man, vermittelnd mit der in § 1 l. 1 D. 1, 8 niedergelegten strengen römischen Auffassung, von einem Begriff der Sache im engeren Sinn = res corporalis, im Gegensatz zu dem auch die res incorporales umfassenden weiteren Sachbegriff gesprochen, dabei aber hervorgehoben, daß nur die res corporales dem eigentlichen Rechtsbegriff der Sache entsprächen.[1])

Für die Sache ist also zunächst und vor allem die Körperlichkeit, die reale Existenz (Windscheid I S. 603) begrifflich ein wesentliches Element. Was alles Körperlichkeit besitzt, was „Stoff" ist, darüber gibt die Physik den entscheidenden Aufschluß. Körperlichkeit kommt demnach auch z. B. der Luft und dem Leucht-

[1]) Uebereinstimmend mit § 90 BGB. definieren die Sache u. a. Bekker I. S. 257, Beseler I. S. 292, Dernburg P. I. S. 154 Gengler S 101, Regelsberger S. 366, Stobbe I. S. 584, Windscheid I S. 603.

gas zu. Hieraus ergibt sich, daß die alte römisch-rechtliche Definition: (res) corporales hae sunt, quae tangi possunt (l. 1 § 1 D. 1, 8 und §§ 1, 2 Inst. 2, 2) als viel zu eng gefaßt nicht mehr brauchbar ist; sie kann höchstens noch als erklärendes Beispiel, nicht aber als erschöpfende Definition körperlicher Sachen gelten. Ebenso verhält es sich mit den hieran anknüpfenden Wendungen, daß die Sachen „greifbar" oder „faßbar" sein müßten.[2])

In den Worten „Ding", „Gegenstand", „Stück der Natur", „Stück der Außenwelt" und dergl., wie sie zur Definition der Sache verwendet werden, liegt begrifflich schon ausgedrückt, daß hier eine Sonderung und Trennung der einzelnen Teile der Materie von einander vorausgesetzt wird. Aus dem Inbegriff der Materie, aus der Gesamtheit des Stofflichen heraus wird eine Individualisierung der einzelnen Teile vorgenommen. Daraus folgt die begriffliche Notwendigkeit einer Begrenzung der Sache. Dabei handelt es sich zunächst um natürliche, ohne weiteres feststehende und erkennbare Begrenzungen. Dies trifft beispielsweise zu bei allen aus Materie im festen Aggregatzustand bestehenden beweglichen Sachen. Das Recht bedarf aber auch der Anerkennung blos gedachter und nicht ohne weiteres sichtbarer Grenzen, so z. B. um die Erdoberfläche bezw. den Erdkörper an der Oberfläche, der im Ganzen niemals zu einem Rechtssubjekt in eine einheitliche Beziehung treten kann, in Teile zu zerlegen, die für das Rechtsleben in Betracht kommen können. Es werden daher die, nur durch Vermessung und Katastrierung ihrer Begrenzung nach festgestellten, einzelnen Grundstücke ebenfalls als Sachen behandelt. Der Umstand, daß diese künstlich konstruierten, ideellen Grenzen in der Regel durch Grenzzeichen sichtbar festgelegt oder angedeutet sind, ist ebensowenig ausschlaggebend wie das Gegenteil hinderlich ist, solche einzelne Grundstücke als Sachen erscheinen zu lassen.

Diese beiden Elemente der Körperlichkeit und der Begrenzung enthalten die Anforderungen allgemeiner Art an den Sachbegriff. Man kann sie auch die absoluten Elemente des Sachbegriffs nennen, im Gegensatz zu dem von vielen Schriftstellern weiter aufgestellten Erfordernis, daß die Sachen im Rechtssinne auch geeignet und fähig sein müssen, Rechtsobjekte, spezieller: Vermögensobjekte zu sein.[3])

[2]) Vergl. Dernburg BR. III S. 2, 3.

[3]) Arndts S. 63, Bekker I S. 287, Beseler I S 293, Gengler S. 101, Heusler I S. 331, Sohm Institutionen (13. A., Leipzig 1908) S. 350, Wappaeus S. 1 u. s. f.

Dieses Erfordernis kann man in doppelter Hinsicht als relativ bezeichnen. Einmal deshalb, weil es den Sachbegriff in tatsächliche und rechtliche Beziehung zum Menschen bringt, und dann auch, weil es eben dadurch den Sachbegriff zu einem wandelbaren, von den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen, vom jeweiligen Stande der Technik und vom jeweiligen Standpunkt der Spezialgesetzgebung abhängigen macht. Ueber solche Wandlungen im Laufe der Zeiten wird in Kap. 3 noch zu sprechen sein. Die Wandelbarkeit des Sachbegriffs betont bes. Regelsberger (S. 366), der ihn vor allem von der Auffassung im Wirtschaftsleben abhängig macht. Die Fähigkeit einer Sache, Rechtsobjekt zu sein, wird in einem doppelten Sinne aufgefaßt. Es soll darunter verstanden werden, daß die Sache nach ihrer natürlichen Beschaffenheit wie nach ihrer örtlichen Stellung im Naturganzen der menschlichen Einwirkung erreichbar sein muß, ferner aber auch, daß sie einen Vermögenswert haben, vom wirtschaftlichen Standpunkt aus beachtlich sein muß, damit für das Recht überhaupt Anlaß besteht, sich mit ihm zu beschäftigen.

Es ist naturgemäß naheliegend, von den körperlichen Naturdingen nur diejenigen unter einen Rechtsbegriff einzureihen, die im Rechts- und Wirtschaftsleben eine Rolle spielen; nur darf dabei nicht übersehen werden, daß auf diese Weise der Kreis der Sachen kein geschlossener bleiben kann, sondern sich mit den Fortschritten der Kultur erweitert. Neue Sachen im Rechtssinne entstehen; auch ohne förmliche Anerkennung durch eine Rechtsnorm treten bisherige Nichtsachen im Rechtssinne in den Kreis der Sachen ein, einfach deswegen, weil sie nunmehr menschlicher Einwirkung zugänglich oder Gegenstand wirtschaftlicher Wertschätzung geworden sind. Es lassen sich daher nicht mit dauernder Geltung dogmatisch gewisse Naturdinge als Nichtsachen erklären; solche Aufzählungen treffen vielleicht zur Zeit ihrer Entstehung noch zu, vielleicht auch da schon nicht mehr, weil man nur zu oft, ohne die bisherige Ueberlieferung vom Standpunkt der Gegenwart aus nachzuprüfen, die alten Formeln einfach übernommen hat.

II. Die unendliche Mannigfaltigkeit der Sachen zeigt sich auch u. a. in den verschiedenen Erscheinungsformen der Sacheneinheit und Sachenmehrheit, der Zusammensetzung einzelner wie der Zusammengehörigkeit mehrerer Sachen. Eine erschöpfende rechtliche Klassifizierung all dieser Formen ist unmöglich; unmöglich ist es aber auch, hier durch Rechtssatzung bestimmte Regeln

aufzustellen, nach denen sich ergibt, ob in dem oder jenen Falle eine einheitliche oder eine zusammengesetzte Sache oder eine Mehrheit selbständiger Sachen vorliegt. Auch die Anwendung der zwei absoluten Elemente des Sachbegriffs — Körperlichkeit und Begrenzung — führt hier nur selten zum Ziel. Entscheiden kann hier lediglich jenes Element, das auch den Kreis der Sachen im Rechtssinn zu einem veränderlichen macht, nämlich das praktische wirtschaftliche Leben, die Verkehrsanschauung. Nur von Fall zu Fall läßt sich hier die Entscheidung treffen.[4]) Rechtswissenschaft und Gesetz können dazu im wesentlichen nur die wichtigsten Begriffe zur Verfügung stellen.

2. Kapitel.

Der Begriff des Eigentums.

Wie vorhin dargelegt wurde, gehört zur Sache im Rechtssinne auch, daß sie geeignet ist, Objekt von Rechten zu sein, anders ausgedrückt, daß sie fähig ist, zu den Rechtssubjekten in rechtliche Beziehung zu treten. Die Form nun, in welcher diese rechtliche Beziehung der Sache zu einem Rechtssubjekte den erschöpfendsten und umfassendsten Ausdruck findet, ist das Eigentum.[5])

Der Begriff des Eigentums hat sich wegen seiner grundlegenden Bedeutung für den Aufbau eines jeden Rechtssystems im Laufe der Zeiten seinem Kern nach nur wenig verändert, wenn auch die einzelnen aus dem Eigentum abgeleiteten rechtlichen Folgeerscheinungen manchen Wandel erfahren haben. Aus der Fülle der Definitionen, die sich in der Literatur über das Eigentum finden, ergibt sich das Wesen des Eigentums als das des originären, obersten, ausschließlichen und grundsätzlich unbeschränkten Rechts an einer Sache, das dem Berechtigten die Herrschaft über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen gewährt.

Das BGB. gibt selbst keine Definition des Eigentums, auch § 903 stellt nur die Hauptrichtungen fest, in denen sich die Befugnisse des Berechtigten bewegen können. Es bringt in dieser

[4]) Vgl. Dernburg BR. III S. 3, Planck I S. 160.

[5]) So definiert Wirth (Beiträge zur Systematik des römischen Zivilrechts, 1856), S. 31 und 37 das Eigentum direkt als das rechtliche Pertinenzverhältnis einer Sache zu einer Person. Ihm folgt Brinz S. 470: Eigentum ist die rechtliche Verbindung einer Sache mit einer Person.

Vorschrift das zum Ausdruck, was man das positive und das negative Element des Eigentums genannt hat; der Berechtigte hat über die Sache ein freies Verfügungsrecht, für dessen Unumschränktheit die Vermutung streitet; er hat aber auch, um dieses freie Verfügungsrecht ausüben zu können, ein Recht der Ausschließung jeder fremden Einwirkung. Damit sind aber nur die zwei Hauptgruppen bestimmt, in welche sich die Fülle der Befugnisse des Eigentümers einordnet. Dagegen ist eine erschöpfende Aufzählung aller Rechte, die sich aus dem Eigentum für den Berechtigten ergeben, unmöglich. Es lassen sich hier auch — anders wie beim Begriff der Sache — nicht bestimmte Kriterien aufstellen, denen ein Sachenrecht entsprechen muß, um Eigentum zu sein, sondern diese Feststellung läßt sich nur unter Würdigung der prinzipalen Bedeutung des Eigentums für das Sachenrecht treffen.

Aus der grundsätzlichen Unbeschränktheit des Eigentums folgt aber nicht seine Unbeschränkbarkeit; und hier ist auf eine prinzipielle Verschiedenheit des alten deutschrechtlichen und des römisch-rechtlichen Eigentumsbegriffs hinzuweisen. Im römischen Rechte findet sich ein starres Eigentum, dem jede Einschränkung ein sein Wesen in Frage stellendes fremdes Element bedeutet. Anders dagegen im deutschen Rechte. Hier sind Einschränkungen des Eigentums seinem Begriffe nicht fremd, sondern das Eigentum trägt sogar selbst Schranken in seinem Begriff. (Gierke II § 120 insbes. S. 349 Note 2; vergl. auch Endemann II 1, § 68). Daher paßt sich auch das deutschrechtliche Eigentum den individuellen Verhältnissen und praktischen Bedürfnissen leichter an als das starre römischrechtliche, dessen Anwendungsgebiet deswegen auch nur ein engeres sein konnte. (Vergl. Geugler S. 120). Der moderne deutsche Eigentumsbegriff beruht auf einem Zusammenfluß germanischer und römischer Gedanken (Gierke II S. 361). Er ist ebensoweit entfernt von der Starrheit des römischrechtlichen Eigentums, wie von der in ihren Konsequenzen den Unterschied von Eigentum und begrenzten dinglichen Rechten verwischenden Wandlungsfähigkeit (Gierke II S. 351) des alten deutschen Eigentums.

Das Recht der Gegenwart kennt, den Bedürfnissen des Lebens Rechnung tragend, mannigfache Eigentumsbeschränkungen. Es lassen sich hier zwei Arten unterscheiden:

1. Einmal können Eigentumsbeschränkungen dadurch sich ergeben, daß durch Rechtsgeschäft oder dgl. Herrschaftsbefug-

nisse aus der Fülle des Eigentümerrechtes entnommen und dritten übertragen sind, so durch die Bestellung von sekundären Sachenrechten, von iura in re aliena. Die Einschränkung des Eigentumsrechtes kann dabei, wie z. B. beim Zusammentreffen von Eigentum und Nießbrauch an einer Sache, außerordentlich weit gehen. Dadurch wird aber das begriffliche Wesen des Eigentums nicht berührt. Sobald und soweit diese Einschränkungen fortfallen, tritt von selbst wieder die Eigentumsherrschaft in vollem Umfange ein. In dieser Elastizität des Eigentums zeigt sich seine rechtliche Stellung als des primären allumfassenden Rechts an der Sache.

2. Eigentumsbeschränkungen im engeren Sinne liegen dann vor, wenn jedem Eigentümer durch positive Gesetzesvorschrift die Ausübung gewisser an sich in seinem Eigentum enthaltenen Befugnisse verwehrt ist. Eine besondere Gruppe bilden hier die sog. „selbständigen Gerechtigkeiten", nämlich Sachenrechte, die — an sich zum Vollinhalt des Eigentums gehörend — dennoch durch ausdrückliche Rechtssatzung nicht als Ausfluß des Eigentums, nicht als im Eigentum enthalten behandelt werden, sondern neben dem Eigentum eine selbständige Stellung einnehmen. Zu diesen Sachenrechten, die man als primäre Sachenrechte zweiten Grades bezeichnen kann und die vielfach weitgehende Eigentumsbeschränkungen zur Folge haben, gehört z. B. die Bergbaugerechtigkeit, bezw. das Bergwerkseigentum, welches das reguläre Grundstückseigentum tatsächlich illusorisch machen kann.

Auch bei dieser zweiten Gruppe von Eigentumsbeschränkungen gilt das Konsolidationsprinzip. Jede Aufhebung einer einschränkenden Norm kommt ohne weiteres dem Eigentum zugute.

Wie Brinz S. 484 hervorhebt, kann eine Eigentumsbeschränkung auch darauf zurückzuführen sein, daß mitunter Unvollständigkeit der Entwicklung oder Entwicklungsrückstände hinsichtlich des Eigentumsbegriffs vorliegen, im Gegensatz zu den Fällen, in denen ein fertiges und vollkommenes Eigentum erst nachträglich eingeschränkt wird.

Bisher war von den rechtlichen Beschränkungen des Eigentums die Rede; das Eigentum kann aber auch durch die verschiedenartige Beschaffenheit der Eigentumsobjekte, also in tatsächlicher Hinsicht Modifikationen erleiden. (Vergl. Gierke II S. 362).

3. Kapitel.

Die Sachen als Eigentumsobjekte.

I. Das Eigentum als die rechtliche Beherrschung einer Sache setzt die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung der Sache voraus; m. a. W. Eigentum setzt, wenn auch nicht ständigen Besitz, so doch Besitzmöglichkeit voraus.

Die unendliche Mannigfaltigkeit der Sachen bringt es mit sich, daß bei der einen Sache einzelne im Eigentum liegende Befugnisse nicht zur Verwirklichung gelangen können, deren Ausübung bei anderen Sachen wieder leicht möglich ist. Es sind eben nicht alle Sachen der tatsächlichen Beherrschung nach allen ihren Richtungen hin gleichmäßig zugänglich. In diesem Sinne könnte man von natürlichen Eigentumsbeschränkungen bei manchen Sachen reden.

Die Frage, inwieweit eine Sache tatsächlichen Verfügungen der Menschen gerade noch zugänglich sein muß, um Objekt des Eigentums sein zu können, läßt sich allgemein nicht beantworten. Wenn auch oben als ein zum Sachbegriff gehörendes Erfordernis festgestellt wurde, daß die Sache der menschlichen Einwirkung zugänglich sein muß, so ist damit noch nicht gesagt, daß alle Sachen im Rechtssinn auch eigentumsfähige Sachen seien, bezw. daß die Fähigkeit, Eigentumsobjekt zu sein, zum Sachbegriff gehöre. Zur Eigentumsfähigkeit einer Sache genügt nicht, daß sie nur menschlicher Einwirkung zugänglich sei, sondern sie muß auch tatsächliche Beherrschung durch den Menschen zulassen. Es gehört dazu die andauernde und wenn auch nicht ununterbrochene, so doch leicht wiederherstellbare Möglichkeit der Verfügung über die Sache. Dabei wird aber nicht absolute Sicherheit der tatsächlichen Herrschaft in der Zukunft gefordert, sondern es reicht unter geordneten Verhältnissen aus, daß die Sache erkennbar der tatsächlichen Herrschaft der einen oder andern Person unterstellt ist. (Dernburg BR. III. S. 42, 43).

Inwieweit dies bei den einzelnen Sachen zutrifft, ist Tatfrage; allgemeine Regeln lassen sich hier nicht geben.

Alle jene Aufzählungen, welche sich so oft in den Pandektenlehrbüchern über die res extra commercium, res omnium communes etc. finden als von Sachen, an denen Eigentum nicht möglich sei, kann man zwar als Darstellung des früheren römischen Rechtsstandpunktes gelten lassen; dagegen entsprechen sie dem heutigen Rechtsleben, das den veränderten Zeitverhältnissen Rech-

nung tragen mußte, keineswegs mehr[6]) und sind (wie auch Beseler I. S. 299 betont) schon deswegen anfechtbar, weil sie eine Menge ungleichartigen Stoffes in schematischen Einteilungen zusammenzuordnen versuchen. Ueberdies spielen dabei eine Reihe von Gründen volkswirtschaftlicher, politischer und verwaltungsrechtlicher Natur herein, die für das hier zu behandelnde Thema nicht in Betracht kommen.

II. Ebenso wie der Kreis der Sachen im Rechtssinne nicht geschlossen ist, sondern immer mehr Erweiterung erfährt, so ist auch der Kreis der eigentumsfähigen Sachen nicht ein für allemal feststellbar.[7]) Im Laufe der Zeiten hat sich hier wie dort die Tendenz unverkennbar geltend gemacht, jenen Kreis zu erweitern und dafür den Kreis derjenigen Sachen, welchen das Recht die Eigentumsfähigkeit abspricht, immer mehr einzuschränken. Für diese Erscheinung lassen sich im wesentlichen drei unter sich eng zusammenhängende Gründe anführen.

Was die Klasse derjenigen Sachen anlangt, die „aus natürlichen Gründen" der Anwendung des Eigentums verschlossen blieben, ist an erster Stelle auf das Fortschreiten der Kultur, insbesondere auf die immer neuen Erfolge und Errungenschaften der Wissenschaften und besonders der Technik hinzuweisen, die eine Beherrschung der Naturdinge in früher ungeahntem Maße ermöglichen und die damit auch bestimmenden Einfluß auf die Rechtsanschauung ausüben. So ist erst in allerjüngster Zeit durch die Erfolge des lenkbaren Luftschiffs die Schaffung eines Luftrechtsystems von einer bloßen rechtsphilosophischen Spielerei zu einer praktischen Frage von aktueller Bedeutung geworden. Für die Zukunft muß auch die Luft zu den Sachen gerechnet werden, die der menschlichen Herrschaft — wenigstens in gewissem Umfange — zugänglich sind.

An die technischen Fortschritte knüpfen sich Aenderungen in den volkswirtschaftlichen Verhältnissen an. Die neuen Gebiete, welche die Fortschritte der Kultur den Menschen erschließen, werden zum Schauplatz oder zum Gegenstand der wirtschaftlichen Tätigkeit der Menschen. Neue Bedürfnisse machen sich geltend, neue wirtschaftliche Interessen treten hervor

[6]) Vgl. das Urteil Pernice's über diesen Begriff (in der Berliner Festgabe für Dernburg 1900 S. 125 f.) als „rein doktrinär und für Wissenschaft und Praxis unergiebig", dem sich Oertmann anschließt (S. 120).

[7]) Vgl. u. a. Regelsberger S. 406.

und das Recht ist gezwungen, zum möglichsten Ausgleich der aus den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen sich ergebenden Gegensätze dort seine Schranken aufzurichten.[8])

Als dritter Grund für die Erweiterung des Kreises der eigentumsfähigen Sachen ist sodann anzuführen jenes, bei jeder eingehenden Durchbildung eines Rechtssystems von selbst sich einstellende Bestreben, jedem praktisch einigermaßen wichtigen Naturdinge in dem Gebäude des Rechtssystems einen bestimmten Platz anzuweisen, es mit den wichtigsten Rechtsinstitutionen in enge Verbindung zu bringen. Der Satz „diese Sache ist eigentumsunfähig" ist rein negativen Inhalts; positiv ist über die Sache damit für das Recht gar nichts ausgesagt. Jener Satz bedeutet in vielen Fällen nichts anderes als „Mit dieser Sache weiß ich als Jurist nichts anzufangen und lasse sie deshalb aus meinem System bei Seite". Es ist klar, daß es ein wenig befriedigender Zustand ist, wenn dieses Beiseiteschieben sich oft wiederholt und wenn es Sachen betrifft, die für das praktische Leben von großer Bedeutung sind, denen aber der sein System aufbauende Jurist keine Seite abgewinnen kann.

Diese drei Gründe, die untereinander in engster Wechselbeziehung stehen, sind es vor allem, welche dazu führen, daß die Klasse der eigentumsfähigen Sachen aus dem Rechtsleben immer mehr verschwindet.

---

[8]) Ähnlich Kloeß AS. S. 7, 8.

Teil II.

Die Gewässer als Gegenstand des Eigentums.

4. Kapitel.

Begriff und Arten der Gewässer.

I. Unter Gewässer im hydrographischen wie im juristischen Sinne versteht man die Gesamtheit einer größeren Wassermenge zusammen mit dem ihre Unterlage und Umschließung bildenden Grundstück.[9]) Dieses — das Wassergrundstück[10]) — setzt sich zusammen aus der Bodenfläche des Gewässers — der Sohle — und den seitlichen Begrenzungen — den Ufern.

Die Sohle und die jeweils unter Wasser liegenden Uferteile bilden zusammen das Bett des Gewässers; doch wird Bett manchmal auch gleichbedeutend mit Sohle gebraucht und in Gegensatz zu den Ufern gestellt.[11])

II. Unter den verschiedenen Einteilungen der Gewässer nach natürlichen Gesichtspunkten ist die wichtigste und für die Frage der Eigentumsfähigkeit bedeutsamste diejenige in stehende und fließende Gewässer. Hauptform der stehenden Gewässer ist der See, Typus der fließenden Gewässer der Fluß. Den nach ihren Kriterien vielfach schwankenden Unterscheidungen von Seen, Teichen und Weihern einerseits, Strömen, Flüssen und Bächen andrerseits kommt keine rechtliche Bedeutung zu.

Im Einzelfall kann es schwierig sein zu entscheiden, ob ein stehendes oder fließendes Gewässer, ein erheblich erweiterter Fluß oder ein stark durchströmter See vorliegt. Maßgebend ist

---

[9]) Vgl. Åström S. 11, 112, 113, Brenner S. 32, Eymann II S. 879, Harster-Cassimir S. 17, Kloeß WR. S. 180, Regelsberger S. 433, Schenkel, Das badische Wasserrecht (2. A., Karlsruhe 1902) S. 25, 98; ferner RG. Bd. 53, S. 45, Bd. 3 S. 233 und s. f.

[10]) Eymann II S. 441, Kloeß WR. S. 180; in anderem Sinn, als Synonym für Gewässer, gebraucht Harster S. 17, 88 diese Bezeichnung, ebenso Jahns SWR. S. 82.

[11]) Übrigens schwankt der Sprachgebrauch. Vgl. Harster-Cassimir S. 33, Haller Württembergisches Wassergesetz vom 1. Dezember 1900 (Stuttgart 1902) S. 3, 4, 22; ferner Meisner, das in Bayern geltende Nachbarrecht (München 1901) S. 201; Peyrer: Das österr. Wasserrecht (Wien 1880) S. 90 f.

hier vor allem das Verhältnis der Gesamtwassermenge des Bekkens zu dem durch Zu- und Abfluß in einem Zeitteil verursachten Wechsel. Denn die Bezeichnung der Seen als stehende Gewässer darf nicht dahin verstanden werden, daß sich das Wasser hier nie in der durch die Unebenheit der Erdoberfläche veranlaßten Erscheinung des Fließens befinden würde. Es mag dies für diejenigen Seen zutreffen, die keinen Abfluß und keinen erheblichen Zufluß besitzen und bei denen die Mehrung des Zuflusses durch die natürliche Verdunstung ausgeglichen wird. Bei der Mehrzahl der Seen aber, insbes. bei den größeren, findet ein Fließen des Wassers, wenn auch in unmerklicher Weise statt. Begriffliches Erfordernis der stehenden Gewässer ist dabei nur, daß der Zu- und Abfluß im Verhältnis zu der das Becken füllenden Wassermasse so gering ist, daß das Wasser keine sichtbare fließende Bewegung zeigt, sondern nur ganz allmählich und unmerklich sich erneuert (Eymann I. S. 183).

Aber auch bei Seen ohne Zu- und Abfluß ist eine stetige unmerkliche Erneuerung der Wassermasse im Gange. Dem hinzukommenden Niederschlagswasser entspricht der Wasserverlust durch natürliche Verdunstung. So ist der Begriff der stehenden Gewässer nur ein relativer; das πάντα ῥεῖ gilt auch für sie.

Synonym für stehende Gewässer ist die Bezeichnung geschlossene Gewässer. Während sich im allgemeinen beide Begriffe völlig decken, kommt auch eine strengere Auffassung des Ausdrucks geschlossene Gewässer vor, die darunter nur Wasserbecken ohne Ablauf versteht. (So z. B. O. Mayer im VWB. I. S. 212, Peyrer a. a. O. S. 86).

An die natürlichen Verhältnisse, insbes. an die Größenunterschiede knüpft eine Einteilung der Gewässer an, die für ihre rechtliche Behandlung von größter Bedeutung geworden ist, nämlich die in öffentliche und in nichtöffentliche oder Privatgewässer. Speziell für die Frage der Eigentumsfähigkeit jedoch, wie sie hier vorliegt, kommt diese Unterscheidung nicht weiter in Betracht, nachdem sich Wissenschaft und Gesetzgegebung der Gegenwart fast ausnahmslos wieder dem Standpunkt zugewandt haben, daß die Oeffentlichkeit einer Sache ihre Eigentumsfähigkeit nicht ausschließt.[12])

[12]) Nur beispielsweise seien aus der neueren Literatur angeführt: Becher: Das rechtsrheinisch-bayerische Landeszivilrecht usw. (München 1896) I S. 273, 444, 567; Roth: Bayrisches Zivilrecht (2. A., Tübingen, I. Bd. 1881) I S. 331, 332; Beseler I S. 299; Brinz S. 459; Dernburg P.

III. Da es sich in der vorliegenden Arbeit nur darum handelt, in großen Zügen die Möglichkeit eines Eigentums an stehenden und fließenden Gewässern zu prüfen, so kann die Untersuchung unbedenklich auf jene beiden Hauptformen der Gewässer, See und Fluß, beschränkt werden. Aus den folgenden Erörterungen scheiden sohin aus die zwei Nebenformen der natürlichen Gewässer: Quelle und Grundwasser.

Die Quelle, ihrem Wesen nach zu den fließenden Gewässern gehörig, in den meisten Gesetzgebungen aber zu den geschlossenen Gewässern gestellt, hat von jeher im Rechte eine besondere Behandlung erfahren, dagegen bietet sie für die allgemeine Frage der Eigentumsfähigkeit keine besonderen Gesichtspunkte.

Aehnlich liegen die Verhältnisse beim Grundwasser; auch dieses ordnet sich, je nach seiner Form als Grundwasserbecken oder Grundwasserbach, den beiden Hauptgruppen der stehenden und fließenden Gewässer ein, bietet aber erhebliche auf seiner natürlichen Eigenart beruhende Besonderheiten, wenn es auch speziell der Anwendung des Eigentumsbegriffs wenig Schwierigkeiten entgegensetzt.

Ferner scheiden aus der Erörterung aus diejenigen Formen der künstlichen Gewässer, welche nicht den typischen Formen des Sees und des Flusses entsprechen; denn deren Verhältnisse unterliegen infolge der vorwiegenden Bedeutung des menschlichen Eingreifens einer gesonderten rechtlichen Beurteilung, wodurch die für die vorliegende Frage maßgebenden Gesichtspunkte leicht verwischt werden.

Es sind demnach lediglich die Gewässer des Rezeptionsreviers nach der Einteilung Åströms[13]), an welchen in Nachstehendem die Frage der Eigentumsfähigkeit untersucht werden soll.

I S. 163, 164, 167 N. 4; BR. III S. 29; Gierke II S. 23, 24; Oertmann S. 122, 123; Regelsberger S. 415 f; Seydel II S. 390; Stobbe I S. 599 f. u. s. f. Eine zusammenfassende Darstellung enthält neuerdings die Erlanger Dissertation von Kaisenberg: Das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen (München 1908).

[13]) Åström S. 10 f. unterscheidet Gewässer des Ansammlungs- und des Rezeptionsreviers, nämlich Wasser, das innerhalb der wassersammelnden Tätigkeit des Flußgebietes fällt, und Wasser (besser Gewässer), welches das im Flußgebiete angesammelte Wasser rezipiert. Zu ersterem gehört das auf die Erde gelangte Niederschlagswasser als sog. wildes Wasser, als Sicker- und Grundwasser und ein Teil der Quellen.

Zu den Rezipienten rechnet Åström die zusammenhängenden Wasserläufe (Ströme, Flüsse, Bäche, Quellen von dem Punkt ab, wo sie stets fließendes Wasser in einem bestimmten Bett haben) und die größeren und kleineren Seen.

5. Kapitel.

Wasser und Bett.

Wie vorhin festgestellt wurde, setzt sich ein Gewässer aus dem Wasser und dem Bett, dem Wassergrundstück, zusammen. Es bleibt nun zu untersuchen, in welchem natürlichen Verhältnis diese beiden Bestandteile des Gewässerbegriffs zu einander stehen und welche rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen sind.

Gründe der sprachlichen Logik sprechen dafür, beim Gewässer stets das Wasser als das maßgebende Element anzusehen, ihm den Vorrang einzuräumen. So sehr dies auch dem natürlichen Empfinden entspricht, so ist andrerseits doch auch die Bedeutung des Grundstücks nicht zu unterschätzen. Das Wasser findet seiner natürlichen Beschaffenheit nach seine Begrenzung nicht in sich selbst und steht in natürlicher Abhängigkeit von seiner Umschließung. So ist es das Grundstück, welches die Art des Gewässers erst bestimmt; ob ein Gewässer ein fließendes oder stehendes ist, hängt von der Beschaffenheit, von der Form, Lage und Neigung des Grund und Bodens ab.[14])

Für den Juristen kommt noch hinzu, daß diese feste Grundlage des Gewässers der Anwendung der Rechtsbegriffe weit zugänglicher ist, als das bewegliche Element des Wassers. Das Wassergrundstück ist eben im wesentlichen ein Grundstück wie andere auch, und erhält nur durch die Tatsache, daß es von Wasser bedeckt ist, seine Qualifikation, die in verschiedenen Beziehungen eine besondere rechtliche Regelung erforderlich macht.

So ist es erklärlich, daß die Konstruktion der Rechte am Wasser regelmäßig ihren Ausgangspunkt beim Wassergrundstück nimmt.

Damit ist jedoch nicht ausgesprochen, daß die Rechtsverhältnisse des Grundstücks stets für das Ganze maßgebend seien. Für die Frage, ob die rechtliche Regelung auf das Wasser oder auf das Grundstück allein Rücksicht nimmt, ist im wesentlichen das quantitative Verhältnis der beiden Teile zu einander entscheidend.

So kann es vorkommen, daß die auf dem Grund und Boden befindliche Wassermenge wegen ihrer Geringfügigkeit so wenig für das wirtschaftliche Leben in Betracht kommt, daß sie für das betreffende Grundstück nicht als charakteristisches Merkmal gel-

[14]) Vgl. Aström I. Kap.

ten kann; hier erscheint die Bedeckung des Bodens mit Wasser als irrelevant, das Grundstück dominiert ausschließlich, ja es liegt vielleicht überhaupt kein Gewässer im gewöhnlichen Sinne vor.

Dagegen tritt bei den größeren[15]) Gewässern, insbesondere bei den schiffbaren Flüssen das Grundstück hinter der Wassermenge zurück und wird dem Rechtsverhältnis unterworfen, welches für diese angemessen erscheint. Vgl. hiezu die bekannten römischen Quellenstellen hinsichtlich der flumina publica: l. 30 § 2 D. 41, 1 : — nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet. — b. 7 § 5 D. 41, 1: - novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen. — l 1 § 7 fin. D 43, 12: impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.

Noch eine Frage aber drängt sich hier auf: Wie ist das im Vorstehenden erörterte natürliche Verhältnis zwischen Wasser und Bett rechtlich zu beurteilen? Welche der juristischen Begriffe über die Verbindung mehrerer oder die Zusammensetzung einzelner Sachen finden hier Anwendung?

Wie erwähnt, bildet das Bett des Gewässers den natürlichen Ausgangspunkt für die rechtliche Konstruktion. Man kann nun vielleicht daran denken, das Grundstück als Hauptsache und das Wasser als Zubehör oder Nebensache zu bezeichnen. Das Wassergrundstück ist jedenfalls eine selbständige unbewegliche Sache und wird in diesem seinen Wesen auch nicht dadurch berührt, daß es mit Wasser bedeckt ist. Aber dieser Umstand erscheint in den meisten Fällen doch nicht als etwas rein zufälliges, als bedeutungslos (vgl. RG., Bd. 53, S. 98), sondern er prägt diesem Grundstück seinen ganz besonderen Charakter auf — denn ohne Wasser kein Gewässer — und gibt vielfach für die rechtliche Behandlung dieses Grundstücks den Ausschlag. Dadurch erweist sich das Verhältnis von Haupt- und Nebensache als nicht zutreffend. Ebenso verbietet sich die Anwendung des Verhältnisses von Hauptsache und Zubehör mit Rücksicht auf die gesetzliche Begriffsbestimmung des Zubehörs in § 97 BGB.

Zu prüfen ist nun noch, ob vielleicht der Begriff des (wesentlichen oder unwesentlichen) Bestandteils zum Ziele führt.

---

[15]) Wo hier die Grenze zwischen kleineren und größeren Gewässern ist, läßt sich allerdings allgemein schwer sagen. Doch schaffen hier die einzelnen Gesetzgebungen durch positive Bestimmungen meist feste Grenzen.

Das BGB. definiert den Begriff des Bestandteils nicht; seine Bestimmungen beziehen sich nur auf die Rechtsverhältnisse der wesentlichen Bestandteile. Dagegen hat das RG., dem sich Riezler bei Staudinger (I. S. 306, Anm. 2 zu § 97) anschließt, in mehreren Entscheidungen (Bd. 63, S. 173, 418) ausgeführt, daß als Bestandteile einer Sache diejenigen körperlichen Gegenstände anzusehen sind, die entweder von Natur eine Einheit bilden oder durch Verbindung miteinander ihre Selbständigkeit derart verloren haben, daß sie fortan, so lange die Verbindung dauert, als ein Ganzes, eine einheitliche Sache erscheinen.

Etwas abweichend Planck I S. 161, der auch Bestandteile kennt, die trotz ihrer Verbindung zu einer Sache noch selbstständige Sachen bleiben (gefolgert aus § 93 für die unwesentlichen Bestandteile).

Dagegen betont Endemann I § 52 III S. 26, 27 die Unselbständigkeit der Bestandteile in dem Maße, daß nach ihm alle Bestandteile die Eigenschaft der wesentlichen Bestandteile im Sinne des § 93 BGB. haben.

Die dem Grundstücke auch in seiner Verbindung mit dem Wasser stets erhalten bleibende Selbständigkeit schließt es also aus, das Grundstück etwa als Bestandteil des Gewässers erscheinen zu lassen. Aber auch das Wasser als Bestandteil des Wassergrundstücks zu erklären, geht nicht an. Denn beim Bestandteil handelt es sich nicht um den Gegensatz zwischen einer selbständigen Sache (hier dem Grundstück) und einem unselbständigen Sachteil, sondern um das gegenseitige Verhältnis zwischen mehreren unselbständigen Sachteilen, die in ihrer Verbindung eine einheitliche Sache bilden (Dernburg BR. S. 17). Erklärt man das Wasser als Bestandteil des Grundstücks, so kommt man zu der Annahme, daß das Grundstück aus Erdpartikeln und Wasserteilchen sich zusammensetzt. Dieses Ergebnis trifft zwar für Grundwasser, Moore und dergl. zu[16]), entspricht aber bei Seen und Flüssen keineswegs der Natur der Sache, da hier das Wasser in seinem körperlichen Zusammenhang von dem Bett deutlich abgegrenzt ist. Wenn man auch demgegenüber darauf hinweisen kann, daß in § 94 BGB. Pflanzen, Gebäude etc. als wesentliche Bestandteile des Bodens er-

[16]) Hier liegt überhaupt kein Gewässer im eigentlichen Sinn vor. Schenkel a. a. O. S. 25, Peyrer a. a. O. S. 87 u. a.

klärt werden[17]), so ist zu berücksichtigen, daß es sich hier um einen ausdrücklich ausgesprochenen Befehl des Gesetzes handelt, welches damit den wirtschaftlichen Anforderungen gerecht werden will, und daß diese Regelung den natürlichen Verhältnissen an sich nicht entspricht. Mit der häufig vorkommenden Bezeichnung des Wassers als Bestandteil der Grundstücke (vergl. z. B. Åström S. 17 und 107 hinsichtlich der Gewässer des Ansammlungsreviers) sollte auch in erster Linie die rechtliche, nicht die natürliche Zugehörigkeit und Abhängigkeit zum Ausdruck gebracht werden. Die Notwendigkeit gleichartiger rechtlicher Regelung bedingt aber noch nicht die Anwendung des Begriffs des wesentlichen Bestandteils, wie auch rechtlich kein zwingender Grund dafür gegeben ist, die in § 94 BGB. ausgesprochene Fiktion analog beim Gewässerbegriff in Anwendung zu bringen.

Man kann nun noch daran denken, das Gewässer als das einheitliche Sachganze anzusehen und das Wasser zum Bestandteil desselben zu erklären. Aber auch dagegen sprechen gewichtige Gründe. Zunächst entsteht die Frage: Welches sind dann die übrigen Bestandteile des Gewässers? Das Grundstück, an das man in erster Linie denken wird, kann wegen seiner Selbständigkeit nicht wohl als Bestandteil in Betracht kommen. Andere Bestandteile aber zu finden, ist schlechterdings unmöglich.[18])

Ferner spricht gegen die gemachte Annahme, daß das Gewässer nicht als einheitliche Sache gelten kann, schon deswegen nicht, weil der eine seiner Bestandteile (im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs), das Grundstück, selbst als solche erscheint.

Aber nicht nur das Grundstück hat als selbständige einheitliche Sache zu gelten, sondern auch das Wasser des Gewässers.

Allerdings besteht hier die schon berührte Abhängigkeit des Wassers vom Grundstück, insbesondere in der Richtung, daß das Wasser Form und Begrenzung lediglich durch das Grund-

---

[17]) So von Jahns. Oertmann erklärt S. 413 bei den Privatflüssen den Fluß als solchen (-Flußwassersäule) zu einem wesentlichen Bestandteil seines Flußbettes, dagegen führt er S. 403 bei den öffentlichen Flüssen aus, daß das Flußbett neben dem Fluß keine selbständige Individualität besitzt, sondern dessen untrennbarer Bestandteil ist.

[18]) Das, was Eymann I S. 176 alles zum Gewässer rechnet, nämlich auch Kies, Sand, Schlamm u. dergl., sind Bestandteile des Grundstücks und nicht des Gewässers.

stück erhält. Doch darf dieser Umstand nicht dazu führen, daß dem Wasser, das hier eben doch eine bestimmte Begrenzung erhalten hat, die Eigenschaft einer einheitlichen selbständigen Sache abgesprochen wird. Denn diese Abhängigkeit von seiner Umschließung wohnt dem Wasser stets und nicht nur als Teil eines Gewässers im technischen Sinn inne. Wasser ist demnach entweder niemals als selbständige Sache anzusehen — und dies müßte konsequenterweise auf alle Flüssigkeiten ausgedehnt werden —, oder es hat auch in seiner Eigenschaft als Teil eines Gewässers als selbständige Sache zu gelten. Anders zu beurteilen ist allerdings der Fall, wenn Wasser von einem porösen Stoffe eingesaugt ist und seine feinsten Höhlungen durchdringt und erfüllt; hier ist die sachliche Selbständigkeit des Wassers entschieden aufgegeben. Dazu in einem völligen Gegensatz steht die Erscheinungsform des Wassers in Flüssen, Seen etc.; hier ist der natürliche Zusammenhang der Wasserteilchen vollkommen aufrecht erhalten und nicht durch Teilchen anderer Materie durchbrochen.

Das Ergebnis dieser Erörterungen läßt sich kurz dahin zusammenfassen:

Die beiden begrifflichen Bestandteile[19]) eines Gewässers, Wasser und Grundstück, sind im Rechtssinn selbständige Sachen. Das Gewässer, die natürliche, wenn auch lose Verbindung beider Teilsachen, kann rechtlich nur als sog. zusammengesetzte Sache oder Gesamtsache angesehen werden. (Siehe auch Kloeß WR. S. 180). Dabei ist es in den natürlichen Verhältnissen begründet, daß Bett und Wasser rechtlich nicht getrennt behandelt werden, d. h. nicht Rechten verschiedener Rechtssubjekte unterstellt werden können.[20]) Demjenigen, dem ein Recht am Bett zugesprochen wird, muß auch das Recht am Wasser zustehen und umgekehrt, wenn es auch nicht gerade erforderlich ist, daß diese Rechte desselben Rechtssubjekts gleicher Art sind (vergl. Becher a. a. O. I S. 444, FN. 4 zu S. 443). Daß das Recht am Bett wie am Wasser Eigentum sein kann, soll im folgenden dargelegt werden.

---

[19]) Bestandteil hier wie im folgenden nicht im strengen Rechtssinne zu verstehen.

[20]) Vgl. hiezu z. B. RG. Bd. 3, S. 232; Baumert S. 222; Heimbach S. 99, 102; Oertmann S. 403; Peyrer a. a. O. S. 92 u. a. Eine merkwürdige Abweichung von diesem Grundsatze bringt das württembergische Wassergesetz vom 1. 12. 1900 mit Artt. 7 und 1; vgl. hierzu die Anmerkungen Hallers a. a. O.

6. Kapitel.

Eigentum am Wassergrundstück.

Wie oben festgestellt, gehören zum Begriff der Sache die drei Merkmale der Körperlichkeit, der Begrenzung und der Fähigkeit, Rechtsobjekt zu sein; dies letztere enthält die zwei Erfordernisse in sich, daß der betr. Gegenstand menschlicher Einwirkung zugänglich sein und einen wirtschaftlichen Wert haben muß. Dazu, daß eine solche Sache eigentumsfähig ist, gehört dann noch, daß sie nach ihrer natürlichen Beschaffenheit eine tatsächliche und rechtliche Beherrschung durch den Menschen ermöglicht, die sich nicht lediglich auf einzelne aufzählbare Verfügungen und Befugnisse in bestimmten Richtungen erstreckt, wie dies bei den beschränkten dinglichen Rechten der Fall ist. Dagegen ist andrerseits auch nicht erforderlich, daß gerade alle denkbaren Verfügungen bei der einzelnen Sache möglich sind.

Um teilweise Wiederholungen zu vermeiden, ist es geboten, im nachstehenden das Erfordernis der Möglichkeit menschlicher Einwirkung mit jenem der Beherrschungsmöglichkeit zusammenzufassen, und es ergeben sich sohin folgende vier Punkte, auf welche sich die Prüfung bei der Frage der Eigentumsfähigkeit der Gewässer und ihrer Teile zu erstrecken hat: 1. Körperlichkeit, 2. Begrenzung, 3. wirtschaftliche Wertschätzung, 4. Möglichkeit tatsächlicher und rechtlicher Beherrschung.

Die zwei Erfordernisse der Körperlichkeit und der wirtschaftlichen Wertschätzung treffen unstreitbar auf das Gewässer und seine Bestandteile zu. Einer Prüfung bedürfen lediglich die Momente der Begrenzung und der Beherrschungsmöglichkeit.

1. Das Wassergrundstück ist hinsichtlich seiner Begrenzung wie jedes andere Grundstück zu behandeln. Es kann sein, daß das Wassergrundstück, dessen natürliche seitliche Begrenzung durch die Ufer bezeichnet wird, auch rechtlich so begrenzt ist und in diesem Umfang als Grundbuchseinheit in Betracht kommt. Möglich ist aber auch, und dies ist z. B. bei Privatflüssen die Regel, daß das vom Wasser bedeckte Grundstück rechtlich nur einen Teil eines, auch Teile ohne Wasserbedeckung umfassenden, Grundstücks bildet. Daß der Verlauf der Grenzen im Wasser regelmäßig nicht durch Grenzzeichen ersichtlich gemacht werden kann, ist, wie bereits erwähnt, ohne Belang; die zur Individualisierung der Sache erforderliche Begrenzung ist darum doch gegeben. Vergl. Åström S. 21. 2. Die gegen die Eigen-

tumsfähigkeit des vom Wasser bedeckten Grund und Bodens erhobenen Einwendungen betreffen ausschließlich die Beherrschungsmöglichkeit desselben.

Es trifft zu, daß das Wassergrundstück wegen der Bedeckung mit Wasser manche Verfügungen und Befugnisse des Eigentümers ausschließt, die bei andern Grundstücken ohne weiteres möglich sind; es bestehen natürliche Eigentumsbeschränkungen hinsichtlich des Gewässerbettes. Dieses ist der üblichen land- und forstwirtschaftlichen Kultur entzogen; seine Verwendung als Baugrund ist wesentlich eingeschränkt und erschwert. Immerhin reichen die tatsächlichen Schranken hier nicht entfernt an jene Einschränkungen hin, welche das Eigentum z. B. beim Zusammentreffen mit Nießbrauch an derselben Sache erleidet.

Aber für das Eigentum würde auch dann noch Anwendungsmöglichkeit bestehen, wenn es während der Eigenschaft des Grundstücks als Wasserbett sich in keiner Weise tatsächlich äußern könnte. Verläßt das Gewässer sein Bett, so lebt das Eigentum infolge seiner Elastizität sofort wieder in vollem Umfange auf. Es ist daher nicht notwendig, anzunehmen, daß das an einem Grundstück bestehende Eigentum endet, wenn das Grundstück zum Bett eines Gewässers wird.[21])

Jedoch auch wenn man die Möglichkeit, daß das Bett einmal vom Wasser verlassen wird, bezw. austrocknet, nicht in Betracht zieht, ist Eigentum am Wassergrundstück als möglich anzuerkennen. Wenn Kappeler (S. 100) im Anschluß an Börner[22]) fragt, inwieweit eine freie Verfügung über ein von dem Wasser auch nur eines Baches bedecktes Bett möglich bleibe, ob man dasselbe bepflanzen, besäen, bebauen, vertauschen, verkaufen, verpachten könne, so ist damit die Unmöglichkeit der tatsächlichen und rechtlichen Beherrschung nicht dargetan, selbst dann nicht, wenn die aufgezählten Handlungen bei jedem Wassergrundstück wirklich ausgeschlossen wären. Erschöpft sich denn die Verfügungsmacht des Eigentümers, die tatsächliche Gewalt des Besitzers in den wenigen aufgezählten oder überhaupt in aufzählbaren Befugnissen? Aber die angeführten Rechtsgeschäfte waren nur bei den flumina publica des römischen Rechtes aus-

---

[21]) Die Anschauung des gemeinen Rechtes (vgl. RG. Bd. 8 S. 81), daß dann ein Grundstück als untergegangen anzusehen sei, ist veraltet.

[22]) Revision der neueren Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fließenden Gewässer nach römischem und deutschem Rechte, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 38 S. 149 f., 359 f.

geschlossen und von den erwähnten tatsächlichen Verfügungen ist höchstens das Besäen als unmöglich zu betrachten; auch ein Bepflanzen mit Wassergewächsen z. B. ist denkbar. Eine Reihe gutgewählter Beispiele von möglichen Verfügungen über das Wassergrundstück gibt Brodführer (Pflichten des Schiffseigentümers aus dem in einem öffentlichen Flusse erfolgten Untergang seines Schiffes) in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen N. F. Bd. 35 S. 6 und 7.

Man kann ja einwenden, daß speziell das Bett eines tiefen Sees sich der menschlichen Herrschaft wenigstens in tatsächlicher Hinsicht fast völlig entziehe; aber abgesehen von einigen Verfügungen tatsächlicher Art, die immer möglich bleiben werden — man kann den See bezw. sein Bett zur Ablagerung von Schutt und dergl. benützen, kann Taucherarbeiten nach Materialien verschiedener Art auf dem Seeboden anstellen, — bleibt die rechtliche Verfügungsmacht ungeschmälert erhalten und das Grundstück kann — mit dem Wasser — zum Gegenstand von Rechtsgeschäften gemacht werden.

Außerdem verlangt das praktische Rechtsbedürfnis, daß bei solchen Fragen durchschnittliche und nicht nach der einen oder andern Richtung hin extreme Verhältnisse zugrunde gelegt werden. Dazu kommt noch, daß der den Kern des Besitzes ausmachende Begriff der tatsächlichen Gewalt oder Beherrschung, dessen maßgebendes Kriterium darin liegen soll, daß der Besitzer im Stande ist, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen, nicht eng körperlich zu verstehen ist, sondern ebenfalls nach den freieren Anschauungen des Lebens und Verkehrs flüssig und wandelbar ist. Je weiter unsere Kultur fortschreitet, umsomehr wird das früher engere Band zwischen Besitzer und Sache gelockert und gewissermaßen vergeistigt. Der Natur der Sache nach ist übrigens der Begriff bei Mobilien enger zu fassen als bei Immobilien. Man kann daher hier von einem „idealisierten" Gewaltbegriff sprechen. (Staudinger-Kober Bd. III S. 15, Anm. I, 1 zu § 854; vgl. auch S. 17, Anm. II, 1 zu § 854).

Von den wenigen Stimmen, die sich heute noch in der Literatur gegen die Annahme eines Eigentums am Wassergrund aussprechen, bedarf Åström einer kurzen Erwähnung. Nachdem er zugegeben hat, daß das Wassergrundstück durch Querschnitte und Längenprofile wie vom Wasser nicht bedeckte Teile der Erdoberfläche begrenzt werden können, erklärt er (S. 21), daß der Wassergrund der menschlichen Herrschaft deswegen nicht unter-

worfen sein könne, weil die Verfügung jedes Grundeigentümers über die feste Masse des Grundes auch auf das fließende Wasser wirkt. Bauten auf dem Grund und Boden können den Ablauf des Wassers hemmen, d. h. dasselbe stauen und somit einen Andern in seinem gleichguten Rechte am Wassergebiet beeinträchtigen. Veränderungen am Querschnitt des Rezipienten bewirken Veränderungen an der Form der in der Sektion fließenden Wassermasse und können so das Wasser von der gegenüber liegenden Seite aus dem Machtbereich eines Andern zum eigenen Ufer herüberziehen. Schließlich erklärt es Åström noch für unmöglich, über den Grund und Boden durch Trockenlegen desselben zu verfügen, was die Entziehung des Wassers von allen unterhalb liegenden Wassergebieten herbeiführen würde.

Diese Ausführungen Åströms, die an sich, ohne die daran geknüpfte Schlußfolgerung völlig zutreffend sind, bringen lediglich Gegengründe rechtlicher, nicht aber tatsächlicher Art, welch' letztere hier allein in Betracht kommen, ja sie geben selbst verschiedene Möglichkeiten von Verfügungen an (vergl. auch Åström S. 121). Åström bringt hier lediglich beachtenswerte Gründe gegen die gesetzliche Anerkennung eines unbeschränkten Eigentums am Bett eines Flusses, beweist aber nichts gegen die begriffliche Möglichkeit des Eigentums überhaupt.

Weil lediglich auf Rechtsgründen beruhend[23]), kommen hier diejenigen Ausführungen nicht in Betracht, die sich im gemeinen Rechte gegen die Annahme eines Eigentums am Bett öffentlicher Gewässer wenden.

Teils im Anschluß an römisch-rechtliche Sätze, teils allgemein wird von manchen (z. B. Baumert S. 222, Kappeler S. 104) die Unmöglichkeit eines Eigentums am Flußbett aus der Unmöglichkeit eines solchen am fließenden Wasser gefolgert. Soweit hier lediglich auf positiven Rechtsbestimmungen beruhende Gründe verwertet werden, braucht hierauf nicht näher eingegangen zu werden. Ueber die Eigentumsfähigkeit des Wassers eines Flusses und über die rechtlichen Wechselbeziehungen zwischen Bett und Wasser wird später noch zu sprechen sein. Die tatsächliche Mög-

---

[23]) So die bekannten Gründe Windscheids (Bd. I S. 633 N. 11), gewonnen aus den Bestimmungen über die insula in flumine nata und den alveus derelictus beim öffentlichen Fluß. Ihm folgen unter anderen: Stobbe Bd. I S. 613 N. 14; hinsichtlich des alveus auch Regelsberger S. 425 u.; dagegen Dernburg BR. III S. 387 N. 4.

lichkeit eines Eigentums am Wassergrund ist jetzt auch von der überwiegenden Meinung anerkannt. Beispielsweise seien genannt: RG. Bd. 16 S. 179; Brenner S. 32; Eymann S. 166 f—187 f; Harster S. 16 und 100, Zit. S. 15, O. Mayer im VWB. I S. 212 f.

---

7. Kapitel.

Eigentum an stehendem Wasser.

I. Daß dem Wasser eines stehenden Gewässers die zur Eigentumsfähigkeit erforderliche Begrenzung nicht mangelt, kann als feststehend angesehen werden. Bezüglich solcher Seen, die dem Rechte eines Einzigen unterliegen und bei denen daher die natürlichen ohne weiteres feststehenden Grenzen gelten, ist dies unbestritten und auch bei solchen Seen, die im geteilten Eigentum mehrerer stehen, von ganz vereinzeltem Dissens abgesehen (Eymann Bd. I S. 166 unten), allgemein anerkannt. Das Wasser eines stehenden Gewässers ist eben analog zu behandeln wie der Wassergrund. Die auf diesem gezogenen bezw. gezogen gedachten Grenzen werden durch senkrechte Ebenen nach aufwärts zu Grenzen der Wassermenge. (Vgl. Åström S. 20; Harster S. 89, 17). Diese Grenzen sind durch Vermessung jederzeit feststellbar und können bei kleineren Gewässern im Wasser selbst durch Stangen und dergl., jedenfalls aber durch Grenzsteine am Ufer bezeichnet werden.

Häufiger sind die Einwendungen, welche gegen die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung stehenden Wassers vorgebracht werden. Die Unmöglichkeit eines Eigentums am Wasser aller stehenden Gewässer wird von keiner Seite mehr behauptet. In der Gesetzgebung wie in der Wissenschaft spielen bei dieser Frage vielmehr die Größenverhältnisse eine bedeutende Rolle — vielleicht mehr als mit Rücksicht auf die erforderliche Klarheit und Exaktheit der rechtlich bedeutsamen Begriffe zu wünschen ist. Vielfach erklärt sich diese Stellungnahme der Gesetze damit, daß man dabei vorwiegend auf die Einteilung in öffentliche und nicht öffentliche Seen Rücksicht genommen hat. Man hat daher in der verschiedenen Regelung der Eigentumsfrage nicht den Ausdruck natürlicher Unmöglichkeit eines Eigentums, sondern nur das Ergebnis einer auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Gesetzgebungspolitik zu erblicken. Neben der Größe wird vielfach

noch als weiterer wichtiger Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Eigentumsmöglichkeit der Umstand in Betracht gezogen, ob es sich um ein geschlossenes Gewässer im strengen Wortsinn, um ein Gewässer ohne Zu- und Abfluß handelt.[24]) Es spielt dabei der alte römisch-rechtliche Satz von der aqua profluens als naturali iure omnium communis herein. Die hiemit nach der lange herrschenden Auffassung ausgesprochene rechtliche Unmöglichkeit eines Eigentums an natürlich freiem Wasser suchte man dann nachträglich auch durch Gründe, die der „Natur der Sache" entnommen wurden, zu erklären und so wurden die Grenzen zwischen rechtlicher und tatsächlicher Unmöglichkeit verwischt.

Allgemein findet sich in der Literatur und mit Modifikation auch in der Gesetzgebung der Satz, daß das in Behältern irgend welcher Art eingeschlossene, also nicht natürlich freie Wasser eigentumsfähig ist.[25]) Zu diesen Behältern werden dann mit mehr oder minder unbestimmter Abgrenzung auch kleinere Teiche und Seen gerechnet.

Die Einwendungen, welche sich auf die durch Zu- und Abfluß bewirkte Bewegung und Veränderung des Wassers beziehen,[26]) werden später bei den Verhältnissen des fließenden Wassers, wohin sie begrifflich gehören, Erwähnung finden. Es sei hier nur darauf hingewiesen, daß, wie oben (Kap. 4) erwähnt, der durch das Spiel des Zu- und Abflusses hervorgerufene Wechsel beim See im Verhältnis zu der gesamten Wassermenge ein außerordentlich geringer ist.

Eymann führt auch noch (Bd. I S. 166, 167) den durch Niederschlag und Verdunstung entstehenden Wechsel der Wasserteilchen als Gegenbeweis für die Eigentumsfähigkeit des stehenden Wassers an.

Wollte man wirklich deswegen die Möglichkeit von Besitz und damit von Eigentum leugnen, so käme man zu der Konsequenz, daß überhaupt an Flüssigkeiten jeder Art, sofern sie sich nicht in völlig abgeschlossenen Räumen befinden, Eigentum ausgeschlossen sei. Davon kann aber keine Rede sein. Ein Besitzbegriff von dieser engherzigen, grobsinnlichen Auffassung wäre für das Rechtsleben vollkommen unbrauchbar.

---

[24]) Hier ist auch Åström zu nennen S. 108 etc., der Eigentum an dem Wasser annimmt, das in kleineren Seen ohne sichtbaren Ablauf sich befindet, also in Seen des Ansammlungsreviers.

[25]) Baumert S 229 f.; Regelsberger S. 407, 408; Stobbe I S. 507 u. a.

[26]) Vgl. die Motive zum württembergischen Wassergesetz vom 1. 12. 1900 S. 80 bei Nieder, Wassergesetz für Württemberg (Ellwangen 1902) S. 24; ferner Eymann I S. 166 unten.

Häufiger begegnet man der Anschauung, daß hinsichtlich der Möglichkeit tatsächlicher Beherrschung zwischen größeren und kleineren Gewässern unterschieden werden müsse. Hier ist es wieder Eymann, der (I S. 165) den Satz vertritt, daß man an kleineren Wassermengen, „wenn sie sich auf natürlichem Wege in geschlossenen Behältern oder Bodenvertiefungen gesammelt haben", sehr wohl Eigentum haben kann, da man sich ihrer „bemächtigen und dieselben tatsächlich als körperliche Sachen auch der privatrechtlichen Verfügungsgewalt unterwerfen" kann. Dagegen erklärt er die Wassermasse eines großen Sees als der privatrechtlichen Beherrschung unzugänglich. Aehnlich auch Dittmann (S. 5)[27]), der ausführt, daß es Eigentum in der ursprünglichen Bedeutung nur an dem Wasser gebe, das in Zisternen, Wasserleitungen, kleinen Teichen und dgl. eingeschlossen gehalten wird; denn hier allein beherrsche der Eigentümer auch die einzelnen Teilchen und könne sich ihrer durch Ausschöpfen, Auslaufenlassen usw. bemächtigen.

Die Scheidung zwischen größeren und kleineren Gewässern ist jedenfalls einmal vom Standpunkte der juristischen Exaktheit und der Rechtssicherheit aus bedenklich. Wo ist die Grenze zwischen solchen Seen, deren Wassermenge noch beherrscht werden kann, und solchen, bei denen dies nicht mehr möglich ist? (Harster S. 89). Eine Scheidung, die sich lediglich auf so vagen Kriterien aufbaut, kann praktisch kein befriedigendes Ergebnis liefern. Zuzugeben ist, daß die Scheidung zwischen größeren und kleineren Gewässern dem natürlichen Empfinden naheliegt, aber wo es sich um Bestehen oder Nichtbestehen des Eigentums handelt, kann man sich nicht mit einer mehr oder minder willkürlichen Beurteilung von Fall zu Fall begnügen. Aeußere, sozusagen mechanische Kennzeichen müßten zuhilfe genommen werden, um die nötige Schärfe der Unterscheidung zu ermöglichen. Solche feste Anhaltspunkte werden aber weder von Eymann noch von Dittmann angegeben.

Sie sind indes auch nicht erforderlich, da eine solche Scheidung überhaupt unzutreffend und unnötig ist. Beide fassen den Begriff der tatsächlichen Beherrschung zu eng. Insbesondere erklärt sich Eymanns Stellungnahme aus seiner Auffassung über die gegenseitige Beziehung von Besitz und Eigentum, soweit

[27]) Zivilistische Bemerkungen zum bayrischen Wassergesetz von 1907, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1908 S. 4 f., 34 f., 60 f., 79 f.

diese aus seinen sehr knapp gehaltenen Darlegungen hierüber zu ersehen ist. Richtig ist, daß das Eigentum an einem Gewässer nur so weit reichen kann, als ein Besitz daran möglich ist; was nicht Gegenstand des Besitzes sein kann, das untersteht auch nicht dem Eigentum. Dagegen muß es den Widerspruch geradezu herausfordern, wenn Eymann unter Berufung auf § 856 BGB. erklärt: Durch den Verlust der tatsächlichen Gewalt geht der Besitz und damit das Eigentum selbst verloren. Daß dieser Satz in seiner apodiktischen Allgemeinheit direkt falsch ist, bedarf nach dem oben (Kap. 2 und 3) Gesagten keiner Begründung mehr. Faßt man aber die Wechselbeziehung von Besitz und Eigentum und das Wesen des Besitzes so streng auf, wie Eymann es tut, so muß man die Konsequenzen hieraus auf allen Gebieten des Privatrechts ziehen. Ist es etwa schwieriger am Wasser eines größeren Sees Besitz zu haben und zur Ausübung zu bringen, als an unzugänglichen Gegenden im Hochgebirge, an Urwalddistrikten, an verkehrsentlegenen Strecken im Haideland und dgl.? Es ist sogar leichter, bei einem See etwa durch Befahren desselben, durch Fischen, durch Vornahme von Taucherarbeiten etc. tatsächliche Verfügungen über das Wasser vorzunehmen und damit Besitz zur Ausübung zu bringen, als z. B. unwegsame Gebirgsschluchten und unzugängliche Walddickichte zu erschließen. Und doch nimmt man heute unterschiedslos auch an solchen Teilen der Erdoberfläche Grundeigentum als möglich an.

Gewiß setzt das Eigentum voraus, daß auch tatsächliche Beherrschung möglich ist, aber es genügt schon die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung (Vergl. Ossig S. 64) und es wird nicht ständige Besitzausübung gefordert. Auch darf die tatsächliche Gewalt nicht zu eng gefaßt werden, sondern es muß auch hier der „idealisierte Gewaltbegriff", von dem oben die Rede war, zur Anwendung kommen.

Nun ist neuerdings die Rede vertreten worden, daß zwar die Wassermenge eines Sees in ihrer Totalität eigentumsfähig sei, daß aber von einer Beherrschung der einzelnen Wasserteilchen nicht gesprochen werden könne und diese immer herrenlos sein müßten. So Harster, der diese Theorie zunächst hinsichtlich des Flußwassers aufstellt und sie dann auch auf das Wasser stehender Gewässer ausgedehnt wissen will (S. 16, 89, 102). Ebenso Dittmann a. a. O. (S. 5).

Diese Lösung mag praktisch ausreichend sein, theoretisch kann sie aber nicht befriedigen. Dem Hauptbedenken gegen sie

gibt Tuma[28]) Ausdruck, wenn er ausführt, daß ein Eigentum über das Ganze, das sich nicht auf die Teile erstreckt, logisch unmöglich ist.

In der Tat ist in der angeführten Theorie ein unlösbarer Widerspruch enthalten, mag man bei ihrer Betrachtung von der Wassermenge im Ganzen oder von den einzelnen Wasserteilchen ausgehen.

Geht man bei der Betrachtung von der Herrenlosigkeit der einzelnen Wasserteilchen aus, so ist nicht zu verstehen, wie diese zusammen doch ein eigentumsfähiges Ganzes bilden können, wenn sie doch selbst ohne Ausnahme ihrer natürlichen Beschaffenheit nach der tatsächlichen und rechtlichen Gewalt nicht zugänglich sind. Es wäre das nur da möglich, wo es sich nicht um gleichartige, sondern um ungleichartige Teile handeln würde. Dies trifft aber auf den vorliegenden Fall nicht zu. Nicht um die chemische Zusammensetzung der Substanz H_2O aus Wasserstoff- und Sauerstoffatomen handelt es sich, sondern um die Bildung eines Ganzen aus Teilen, die unter sich und mit dem Ganzen physikalisch und chemisch völlig gleichartig sind. Wenn aber die Teilchen eines homogenen Ganzen des Eigentums nicht fähig sind, wie soll dann am Ganzen Eigentum möglich sein? Man kommt dann zu dem merkwürdigen Gebilde eines Eigentums an einem Begriff ohne Substanz.

Ebenso unmöglich ist es aber, daß sich das am Ganzen bestehende Eigentum, das Harster ja als feststehend voraussetzt, nicht auf die Teile dieses Ganzen erstrecke. Der in dieser Theorie enthaltene richtige Kern ist lediglich der, daß die einzelnen Wasserteilchen, solange sie in ihrem Zusammenhange das Wasserganze bilden, mangels fester Begrenzung, mangels jeder individuellen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit, keine selbständigen Sachen und deshalb keine selbständigen Eigentumsobjekte sind. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß sie nicht im Eigentum ständen. Das Eigentum am Ganzen, das sich als eigentumsfähige Sache erwiesen hat, erstreckt sich notwendig und naturgemäß auch auf seine gleichartigen Teile. Denn wenn man die einzelnen Teilchen nicht beherrschen kann, so kann man umsoweniger das Ganze beherrschen, das sich aus diesen Teilchen zusammensetzt. Umgekehrt aber beherrscht man mit dem Ganzen zugleich dessen Teile.

---

[28]) Das Eigentum an öffentlichen Gewässern, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1908 S. 286, 287.

Es sind auch weniger Gründe allgemeiner Natur, als Scheingründe rechtlicher Art, welche zur Annahme der Herrenlosigkeit der einzelnen Wasserteilchen geführt haben. Einmal spielt hier wieder der alte Satz von der aqua profluens als res omnium communis herein, der vom fließenden Wasser analog auf das stehende übertragen wurde; sodann wurde, insbesondere bei der Beurteilung der konkreten gesetzlichen Regelung das Eigentum an den einzelnen Wasserteilchen mit Rücksicht auf den Gemeingebrauch in Zweifel gezogen; z. B. von Harster (S. 16) und Eymann (I S. 167).

Auf diesen rein rechtlichen Gesichtspunkt kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Es sei nur bemerkt, daß die Gestattung des Gemeingebrauchs ein Eigentum an derselben Sache nicht ausschließt.[29])

Als Ergebnis ist sonach festzustellen: Das Wasser eines stehenden Gewässers kann im Eigentum stehen und dieses Eigentum erstreckt sich auch auf die einzelnen Wasserteilchen. Die Eigentumsfähigkeit des Wassers stehender Gewässer ist auch von der überwiegenden Mehrheit anerkannt. Es seien hier nur als Beispiele O. Mayer im VWB. I S. 212, 213, und Ossig S. 63 genannt.

---

8. Kapitel.

Eigentum an fließendem Wasser.

Die Eigentumsunfähigkeit des fließenden Wassers war lange Zeit fast unbestrittenes Dogma und muß auch heute noch als die herrschende Anschauung bezeichnet werden.[30]) Diese Lehre geht zurück auf die römischen Quellen, auf die Stelle 1 2 pr.

---

[29]) Vgl. z. B. Brinz S. 459; Ossig S. 80; Regelsberger S. 416 f., 424; Seydel II S. 390; Wappäus S. 94.

[30]) Vgl. Baumert S. 221, 222; Dittmann a. a. O. S. 5; Eymann I S. 165 ff., II S. 440 f.; Heimbach S. 94 und 100; Kappeler S. 46, 47; Kloeß WR. S. 175, 176 etc.; Peyrer a. a. O. S. 99, 100; Regelsberger S. 407 f.; Stobbe II S. 359; ferner Zitate bei Harster S. 15, dann bei Opitz, das Recht der Gewässer nach sächsischem Recht (Diss., Leipzig 1907) S. 47—49, und bei Nieder a. a. O. S. 9—19 (hier wird allerdings die Frage der Eigentumsfähigkeit mit der Frage der Öffentlichkeit vermengt). Eine übersichtliche Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten in der Eigentumsfrage gibt Eymann, das neue bayrische Wassergesetz in seinen Beziehungen zum Zivilrecht, in den Blättern für Rechtsanwendung. 1908 (Bd. 73) S. 484, 485.

§ 1 D. 1. 8 (= pr. § 1 J. 2, 1), wo Marcian die aqua profluens zu den res naturali iure omnium communes rechnet. Mit der traditionellen Auslegung, daß damit die aqua profluens als res nullius gekennzeichnet sei,[31]) stand für die Romanisten Jahrhunderte hindurch die Eigentumsunfähigkeit des fließenden Wassers hinlänglich fest, sodaß dahingestellt bleiben konnte, ob diese Unmöglichkeit eines Eigentums auf allgemeinen oder auf rechtlichen und rechtspolitischen Gründen beruhe. Als dann aber doch im Laufe der Zeiten mit dem Wandel der volkswirtschaftlichen Verhältnisse und dem Fortschreiten der technischen Kultur Zweifel an der Richtigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Regelung auftauchten, suchte man zunächst diesen Grundsatz, den aufzugeben man nicht über sich brachte, aus den natürlichen Verhältnissen heraus zu rechtfertigen. Schließlich unternahm man es auch, den mancherlei Unzuträglichkeiten, welche die hergebrachte Anschauung im Gefolge hatte, dadurch zu begegnen, daß man zwar formell an dem alten Rechtssatz festhielt, ihn aber auf anderem Wege den veränderten Verhältnissen und Anschauungen anzupassen suchte. Bei der Unmöglichkeit, auch auf dem Wege künstlicher Konstruktionen, wie sonst so vielfach geschah, den starren römischen Eigentumsbegriff auf das fließende Wasser anzuwenden, blieb nur übrig, den Begriff der aqua profluens in einer Weise auszulegen, daß einerseits zwar die formelle Geltung jenes Satzes gewahrt blieb, andrerseits aber seine praktische Anwendung möglichst eingeschränkt wurde. Von den verschiedenen Versuchen in dieser Richtung seien hier nur zwei Theorien erwähnt, die auf entgegengesetzten Wegen dasselbe Ziel zu erreichen trachteten und die zeigen, welche Mühe auf die doch schließlich unfruchtbare Aufgabe verwendet wurde, veraltete Rechtssätze unter scheinbarer Aufrechterhaltung ihrer Autorität mit den praktischen Bedürfnissen einer ganz anders gearteten Zeit in Einklang zu bringen.

Nach der einen Lehre wird der Begriff der aqua profluens im denkbar weitesten Umfange verstanden.

Eugen Huber z. B. versteht unter aqua profluens (S. 13 f.) sowohl das Wasser „in den dunklen Gängen des Innern der Erde“ wie „das in Bewegung befindliche Wasser“, „die rinnende und zerrinnende Masse mit ihrer treibenden und stoßenden Ge-

[31]) Gegen diese Auslegung wendet sich besonders energisch E. Müller § 3.

walt“ und schließlich auch die in der Luft sich verflüchtigenden Dämpfe. Er faßt somit unter den Begriff der aqua profluens, um Åströms Worte (S. 14 f.) zu gebrauchen, das Wasser in seinem ganzen hydrographischen Prozeß, das Wasser als Naturganzes[32]), und zieht daraus den Schluß, daß der Begriff der aqua profluens für die Betrachtung des praktischen Wasserrechts und für die Frage des Gewässereigentums ausscheiden könne.

Das gleiche Ergebnis strebt Ossig an, aber auf dem entgegengesetzten Wege; er gelangt bei seiner Untersuchung zu dem Schlusse (S. 73), daß unter der als res omnium communis bezeichneten aqua profluens nur die aqua de coelo oder de nubibus profluens zu verstehen sei. Auf diese Weise wäre die Bedeutung des alten Satzes für das praktische Wasserrecht auf ein Minimum zurückgeführt. Vergl. hierüber Harster S. 15, Åström S. 16.

Dagegen bezeichnet die überwiegende Meinung als aqua profluens „die fließende Welle“, das fließende Wasser[33]) — bisweilen im Gegensatz zum flumen[34]) — und hält an der Unmöglichkeit eines Eigentums daran fest. Demgegenüber muß mit Jahns (SWR. S. 82, 83) darauf hingewiesen werden, daß es endlich an der Zeit wäre, sich von der Herrschaft der veralteten und auf andere Verhältnisse zugeschnittenen römischrechtlichen Grundsätze im deutschen Wasserrechte frei zu machen und bei der Untersuchung der Eigentumsfähigkeit des fließenden Wassers nach neuen selbständigen Gesichtspunkten zu verfahren.

Der Weg, der hier zum Ziele führt, hat die natürliche Erscheinung des Flusses zum Ausgangspunkt. Dem Beschauer bietet ein Fluß bei aller wahrnehmbaren Bewegung der Wasserteilchen doch ein einheitliches, sich gleichbleibendes Bild.

Mit stets gleichen Wellenbildungen spült das Wasser an die Ufer, an die Felsen im Flußbett u. s. f. und, sofern das Wasser nicht Treibholz oder dergl. mit sich führt, lenkt nicht schon der äußere Anblick, sondern erst Nachdenken darauf hin, daß immer wieder neue Wassermengen, die in stetem Flusse entschwinden, das äußerlich gleiche Bild erzeugen.[35])

---

[32]) Ähnlich Wappaens (S. 18, Anm. **)) der unter aqua profluens „das Wasser an sich“ versteht.

[33]) So Brinz S. 453; Dernburg BR. III S. 387; Heimbach S. 99, 100; Kappeler S. 56, 57; Windscheid I S. 631.

[34]) Z. B. Seuff. Arch. Bd. 27 S. 325. Gegen solche Unterscheidungen Brinz S. 461.

[35]) Anklänge hieran finden sich auch in der im übrigen die traditionelle Lehre vertretenden Entscheidung Seuff. Arch. Bd. 27 N. 206.

Damit ist auch der rechtlichen Betrachtung der Weg gewiesen, den sie einzuschlagen hat, um einen festen Boden für die Lösung der Eigentumsfrage zu finden. Die Wassermenge, der Wasserkörper im Ganzen — sei es des ganzen Flusses oder eines durch gedachte Grenzen bestimmten Teiles — ist es, die zur Grundlage zur Untersuchung genommen werden muß. So haben auch alle diejenigen, die bisher schon, entgegen der herrschenden Anschauung, für die Möglichkeit eines Eigentums am fließenden Wasser eingetreten sind, die Wassermenge des Flusses als Ganzes — bisweilen auch in Verbindung mit dem Wassergrundstück — zum Ausgangspunkt ihrer Ausführungen genommen. Hier sind zu nennen: Romagnosi, Della condotta delle acque (vgl. S. 149 [Anhang] bei Elvers, das Recht des Wasserlaufs, Göttingen 1841); Jahns, das naturgemäßeste Wasserrecht (Halle a. S. 1908) S. 3; Krische S. 468; E. Müller S. 9; Schmidt, zur Frage der rechtlichen Behandlung der Gewässer, in Gruchots Beiträgen 1908 (Bd. 52) S. 813 ff, insbesondere S. 817, 818; Harster S. 16 und, unter besonderer Betonung des engen Zusammenhanges mit dem Flußbett, Ossig S. 63 ff. Vgl. auch die Zusammenstellung bei Opitz a. a. O. S. 49—51.

Einen verwandten Grundgedanken zeigt auch die im übrigen vereinzelt dastehende Theorie Åströms (S. 13 f, 17, 18). Er geht davon aus, daß ebenso wie das in Brunnen, Behältern, Teichen und natürlichen Senkungen eingeschlossene Wasser Gegenstand des Eigentumsrecht sein könne, so auch alles in einem Flußgebiet enthaltene Wasser und somit auch das fließende Wasser der Rezipienten. Wer das Verfügungsrecht über das Flußgebiet habe, müsse auch über das darin befindliche Wasser verfügen können. Das Flußgebiet sei aber ebensogut ein Behälter, wenn auch von ungemein größerem Umfange wie ein Teich, da es nach oben und seitwärts durch die Wasserscheiden durchaus abgegrenzt sei, und auch nach unten seine natürliche Begrenzung in der Mündung des Hauptrezipienten habe.

Daß Åström hieraus nicht auch den Schluß auf die Möglichkeit eines Eigentums an den einzelnen Rezipienten und ihren Teilen zieht, beruht weniger auf Gründen allgemeiner Natur als auf rechtspolitischen und volkswirtschaftlichen Erwägungen.

Gegen die Gesamtwassermenge, sei es des ganzen Flusses, sei es eines bestimmten Abschnittes, läßt sich auch nicht der Einwand erheben, daß hier etwas unbestimmbares und unbegrenztes zum Eigentumsobjekt gemacht werde, wie es Börner a. a. O.

S. 176 und nach ihm Heimbach S. 101 und 102 tun.[36]) Denn die Wassersäule eines Flusses kann, wenn auch nicht der Individualität ihrer einzelnen Teile nach, so doch in Hinblick auf ihren quantitativen Inhalt und ihre sich stets gleichende, durch die Umschließung des Flußbettes gewährleistete Form, als etwas Bleibendes, Bestimmtes und Begrenztes angesehen werden; sie bildet den bleibenden Wasserkörper[37]) des Flusses.

Der Wechsel der einzelnen Teile macht bei ihrer absoluten Gleichartigkeit und Vertretbarkeit nichts aus, kommt auch in der äußeren Erscheinung kaum zum Ausdruck. Allerdings werden durch die Schwankungen des Wasserstandes Veränderungen in der Menge des in jedem Zeitteil vorhandenen bezw. vorbeifließenden Wassers bewirkt; diese sind aber unter normalen Verhältnissen nur gering und treten auch nur allmählich ein, so daß sie hier unberücksichtigt bleiben können.

Daß die Wassermenge als Ganzes räumlich begrenzt ist, weist Harster (S. 17) nach; er führt in Beziehung auf das bayrische Wassergesetz vom 23. März 1907 folgendes aus:

„Die Grenzen sind gegeben beim öffentlichen Fluß, beim Staatsprivatfluß und beim Privatfluß, der nicht den Ufereigentümern als solchen gehört, durch die Uferlinien oder Ufergrundstücksgrenzen, bei den übrigen Privatflüssen und -Bächen durch die Flußmittellinie und durch Senkrechte, die auf diese von den Grenzen der Ufergrundstücke aus gezogen werden, oder richtiger durch senkrecht durch alle diese Linien gelegte Ebenen. Das ermöglicht allerdings noch nicht die Bestimmung des der Herrschaft des Eigentümers unterworfenen Wasserquantums; aber dessen bedarf es auch nicht. Die Begrenzung, die jederzeit festgestellt werden kann, genügt, um den Fluß mit der darüber hinströmenden Wassermenge als körperlichen Gegenstand, also als Sache im Rechtssinne erscheinen zu lassen."

Dieser Satz wird nach dem früher Gesagten dahin abzuändern, bezw. zu erweitern sein, daß schon die Wassermenge für sich als Sache zu gelten hat. Daß eine Begrenzung und damit die Bestimmbarkeit der Wassermenge als Ganzes gegeben ist, wird auch nachgewiesen von Åström (S. 17, 18, 20).

[36]) Dabei werden anscheinend die zwei Momente der Körperlichkeit und der Begrenzung zusammengeworfen.

[37]) Diesen Ausdruck gebraucht auch Arndts S. 66, der im Übrigen auf dem gewöhnlichen gemeinrechtlichen Standpunkt steht.

Ist aber an diesem Sachganzen, das sich seiner äußeren Erscheinung nach gleich bleibt, dessen einzelne Teilchen aber ständig wechseln, entschwinden und durch neue ersetzt werden, überhaupt Eigentum möglich? Den Weg zur Lösung zeigt ein Hinweis auf den Stoffwechselkreislauf in den natürlichen Organismen. Die einzelnen Teilchen eines jeden lebenden, tierischen wie pflanzlichen Organismen sind einer beständigen Erneuerung, einem ewigen Wechsel unterworfen. Während sich die äußere Erscheinung des Ganzen nicht, oder nur allmählich und unmerklich verändert, unterliegen seine Teile einem ewigen Werden und Vergehen. Und doch zweifelt niemand an der Möglichkeit eines Eigentums an solchen Organismen. Der Unterschied aber liegt lediglich in der verschiedenen Intensität dieses Wechsels. Der Hinweis auf den Stoffwechselkreislauf bildet den ausschlaggebenden Mittelpunkt der Beweisführung für die Möglichkeit des Eigentums an fließendem Wasser. Er wurde verwertet von Eugen Huber S. 17 ff; E. Müller S. 9; Jahns SWR. S. 114, der noch weitere Analogien heranzieht; Ossig S. 64 ff; zustimmend Åström S. 14; Schmidt a. a. O. S. 818. Auch Schenkel (a. a. O. S. 36) erkennt diese Beweisführung an und gibt damit die Möglichkeit eines Eigentums zu; wenn er aber trotzdem der älteren Anschauung den Vorzug gibt, so tut er dies aus vermeintlichen Billigkeitsgründen, wie Harster S. 16 zutreffend hervorhebt, insbesondere weil sonst unbefugte Wasserentnahme nach § 242 StrGB. als Diebstahl zu verfolgen wäre, was allerdings mit dem Rechtsgefühl noch in Widerspruch stehen würde. Harster selbst schließt sich dieser Beweisführung an, folgt ihr aber nur insoweit, als er ein Eigentum an der Wassermenge im Ganzen als möglich anerkennt (S. 16); dagegen lehnt er es ab, dieses Eigentum auch auf die einzelnen Teilchen zu erstrecken. Hiefür sind ihm aber lediglich Gründe rechtlicher Natur maßgebend, insbesondere die Rücksicht auf den Gemeingebrauch. Mit Beziehung auf die erörterte Analogie führt er zutreffend aus, daß die Tatsache, daß die einzelnen Atome den Stoffwechselkreislauf durchmachen, das Eigentumsrecht am Organismus als Ganzes nicht ausschließe, behauptet aber weiter, daß dieses Eigentum sich nicht auf jedes im Stoffwechselkreislaufe befindliche einzelne Molekül erstrecke. Der Organismus im Ganzen sei eben trotz der fortwährenden Veränderung faßbar und greifbar und darum im Gegensatz zu den diese Eigenschaft nicht besitzenden einzelnen Teilchen des Eigentums fähig.

Auf die logische Unmöglichkeit, zwischen dem Ganzen und seinen Teilen in dieser Weise einen Gegensatz zu konstruieren, wurde bereits im vorigen Kapitel hingewiesen. Die einzelnen Wasserteilchen sind allerdings nicht selbständige Eigentumsobjekte; besteht aber einmal Eigentum am Ganzen, so erstreckt sich dieses notwendig auch auf die einzelnen Teile (vgl. Jahns SWR. S. 115), die qualitativ mit dem Ganzen gleichwertig sind.

Die Berechtigung dieses Schlusses erkennt auch Harster selbst an anderer Stelle an (S. 18), nämlich bei Erwähnung von Åströms Theorie, daß zwar das Wasser eines Flußgebiets, nicht aber das eines einzelnen Flusses oder Flußteiles Eigentumsobjekt sein könne. Wenn Harster hier bemerkt, es leuchte nicht ein, warum Åström das, was er von den Wasserläufen in ihrer Gesamtheit sagt, nicht auch für jeden einzelnen gelten lasse wolle, so läßt sich diese Frage mit wenig Aenderung auch an Harster selbst stellen: Warum will Harster das, was er von der Wassermenge eines Flusses im Ganzen sagt, nicht auch für die einzelnen Wasserteilchen gelten lassen?

Oder sollte es so undenkbar sein, an den einzelnen fließenden Wasserteilchen Eigentum auch nur in dem Sinne anzunehmen, daß sie nicht als selbständige Eigentumsobjekte betrachtet werden, sondern nur von einem an ihrer Gesamtheit bestehenden Eigentum mit ergriffen werden. Wer diese Frage bejaht, muß dann notwendig auch ein Eigentum an der ganzen Wassermenge leugnen und kann höchstens ein Eigentum am Wassergrundstück annehmen.

Wie oben ausgeführt, ist es lediglich die Intensität des Wechsels der einzelnen Teilchen, durch welche sich der bleibende Wasserkörper des Flusses von den dem Stoffwechselkreislauf unterliegenden Organismen unterscheidet. Es ist nur die Frage, ob der Unterschied in der Intensität des Wechsels derart ist, daß er es rechtfertigt, wegen der ständigen Flucht und Bewegung der einzelnen Wasserteilchen die Möglichkeit tatsächlicher Verfügungsmacht zu leugnen, wie es von der überwiegenden Mehrzahl geschieht.[38])

[38]) Åström S. 21, 22; Baumert S. 148, 222; Jicinsky (das künftige Wasserrechtsgesetz für Österreich) in der österr. Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 18, S. 271; Kappeler S. 84, 46, 47; Oertmann S. 120, 403; Wappäus S. 22; Seuff. Arch. Bd. 27 Nr. 206. Vgl. ferner die Zitate bei Eymann I S. 166 u. in Seuff. Bl. a. a. O. S. 485 FN. 48, 49, dann bei Harster S. 15; Kloeß AS. S. 17 Anm. und oben in FN. 30).

Bevor hierauf näher eingegangen wird, ist noch auf einen Irrtum hinzuweisen, der manchmal bei den Ausführungen über die Natur der aqua profluens oder der „fließenden Wasserwelle", wie die übliche Uebersetzung lautet, mitunterläuft. Es wird nämlich bisweilen vergessen, daß der Ausdruck „fließende Wasserwelle" nur bildlich aufzufassen ist, und es werden Ausführungen gemacht, die zwar für die „Welle" im eigentlichen Sinn, nicht aber für das Wasserteilchen zutreffen. So sagt z. B. Kappeler S. 46 f. von der Wasserwelle: „Sie wird durch fortwährende Mischung ihrer Substanz jeden Augenblick eine andere, sie zerfließt im buchstäblichen Sinne. Man kann nicht sagen: sie ist, bevor sie das Wort nicht schon unwahr gemacht hat etc." Hier ist ersichtlich der Begriff der Welle in ihrem eigentlichen Sinne gemeint; dieser ist aber für die vorliegende Frage durchaus unbrauchbar. An einer Welle ist allerdings Eigentum nicht denkbar, da die Welle nur Erscheinungsform einer flüssigen Sache, nicht aber diese Sache selbst ist.

Den Einwendungen, daß wegen der ständigen Flucht und Bewegung der Wasserteilchen ein Eigentum daran unmöglich sei, kann man mit Krische (S. 469)[39]) entgegenhalten, daß sonst nirgends als bei der fließenden Welle die Eigentumsfähigkeit einer Sache deswegen verneint wird, weil es unmöglich ist, sich in ihrem Besitz zu erhalten. Krische führt hiefür mehrere treffende Beispiele an. Daß die Bewegung oder die Beweglichkeit einer Sache nicht ihre Eigentumsunfähigkeit bedingt, zeigt der Umstand, daß an Tieren, den res sese moventes, von jeher Eigentum anerkannt worden ist, obwohl gerade bei diesen die Möglichkeit sich der tatsächlichen Beherrschung zu entziehen, von Natur besonders groß ist. Einige treffende Beispiele in dieser Hinsicht bringt E. Müller (S. 8). Er weist darauf hin, daß die Verfügungsgewalt über fließendes Wasser eine weit intensivere sein wird, als die über eine Hauskatze, die sich auf fremden Dächern herumtreibt, oder über eine Haustaube, die frei herumfliegt, und daß doch niemand die Möglichkeit eines Eigetums an diesen Tieren auf grund physischer Unmöglichkeit des Eigentumserwerbs bestreite. Man wird nun vielleicht die Rechtsregel anführen, daß

[39]) Kloeß WR. S. 176 N. 1 erklärt demgegenüber, Krische, Jahns und E. Müller konstruierten einen Besitz- und Eigentumsbegriff, den weder das römische noch das deutsche Recht kennen, gibt aber keine strikte Begründung dafür.

das Eigentum an einem gezähmten Tiere erlischt, wenn dieses die consuetudo revertendi ablegt (§ 960 Abs. 3 BGB). Darauf ist zu erwidern, daß diese Regelung wohl praktisch zweckmäßig ist, daß sie aber nicht durch die Unmöglichkeit bedingt ist, ein Eigentum an dem in natürlicher Freiheit befindlichen Tiere zu konstruieren. Dieser Rechtssatz ist auch nur solange zweckmäßig und folgerichtig, als das Jagdrecht auf dem Grundsatze aufgebaut ist, daß die „wilden Tiere" herrenlos sind und nur einem ausschließlichen Okkupationsrechte unterliegen. Sobald die Gesetzgebung diesen Grundsatz aufgibt und den Weg einschlägt, dem Grundeigentümer das Eigentumsrecht an dem jeweils auf seinem Grunde befindlichen Wild zuzusprechen, — und dies kann geschehen, ohne daß man dem Begriff des Eigentums Gewalt antut, — wird auch der Eigentumsverlust an dem in seine natürliche Freiheit zurückkehrenden Tiere verschwinden und einem Eigentumswechsel Platz machen. In einer, auf dem vorhin erwähnten Grundsatz aufgebauten Regelung des Jagdrechtes[40]) bildet der Umstand der Grenzüberschreitung eine für den Eigentumswechsel rechtswirksame Tatsache, ebenso wie dann, wenn dem Anlieger und Eigentümer des Wassergrundes das Eigentum am vorbeifließenden Wasser zusteht, die Ueberschreitung der Grenzen Eigentumsverlust und zugleich Eigentumserwerb an den wandernden Wasserteilchen bedingt. Im Jagdrecht würden dabei Grenzüberschreitungen und damit Eigentumsveränderungen weit unregelmäßiger vorkommen, als dies beim Flusse der Fall ist, wo jedes einzelne Wasserteilchen die Sphäre eines Eigentümers nur einmal in gleicher Richtung passiert und wo unter normalen Verhältnissen für jeden entschwindenden Wasserteil ein anderer in den Eigentumsbereich eintritt.

Zutreffend weist ferner Jahns (SWR. S. 115)[41]) darauf hin, daß auch von denen, die Besitz und Eigentum am fließenden Wasser nicht anerkennen, die Möglichkeit der Benutzung fließenden Wassers nicht bezweifelt werde. Nun ist aber eine Benutzung ohne Herrschaftsausübung über den benutzten Gegenstand nicht denkbar. Zu bezweifeln ist zwar im allgemeinen, ob in jeder Benützung Besitz inne liegt, wie Jahns dabei behauptet. Für das Wasser ist diese Frage aber entschieden zu bejahen; denn

[40]) Die Parallele mit dem Jagdrecht zieht ebenso Tuma a. a. O. S. 286; auch Baumert S. 222, dieser aber mit der entgegengesetzten Tendenz.

[41]) Ähnlich Schmidt a. a. O.

die Benutzungsmöglichkeit auch des Flußwassers ist eine so mannigfaltige, daß die Möglichkeit vielseitiger Herrschaftsausübung, wie sie der Besitz bedingt, gegeben ist und nicht nur einzelne Benutzungsakte vorgenommen werden können. Daß tatsächliche Beherrschung wohl möglich ist, wird vielfach auch zugegeben, dabei aber aus den Unzuträglichkeiten, die sich aus einem schrankenlosen Eigentumsrecht für Mitinteressenten und für die Gesamtheit ergeben würden, der Schluß auf die Unmöglichkeit eines Eigentums gezogen. Daraus jedoch, daß aus Rechts- und Billigkeitsgründen ein unbeschränktes Eigentum nicht praktisch in Frage kommen kann, ergibt sich noch nicht die Unmöglichkeit eines Eigentums überhaupt.

So führt Åström S. 13 ff. eine Reihe der einschneidendsten Verfügungen, die beim fließenden Wasser möglich sind, zum Beweise für seine Annahme eines Eigentums am Flußgebiet an. Er gibt zu, daß solche Verfügungen an sich auch hinsichtlich einzelner Rezipienten und ihrer Teile möglich sind, verneint aber dann die Möglichkeit eines Eigentums an Flüssen und Flußteilen mit dem Hinweis darauf, daß durch solche Verfügungen wegen des natürlichen Zusammenhangs der Gewässer des Rezeptionsreviers die andern Interessenten am Flusse zu sehr in Mitleidenschaft gezogen würden. Warum läßt er aber diese Erwägung gerade gegen das Eigentum an einzelnen Flüssen und nicht auch gegen ein solches am ganzen Flußgebiet sprechen? Der Grund hiefür scheint für Åström der zu sein, daß mit dem am Flußgebiet einzig möglichen Eigentum der Gesamtheit der Volksgenossen eine gewisse Garantie für den Ausgleich widerstreitender Interessen gegeben sei. Es geht jedoch nicht an, bei der allgemeinen Frage nach der Möglichkeit eines Eigentums einen Unterschied nach den verschiedenen Trägern des Eigentumsrechts zu machen.

Schließlich ist noch darauf hingewiesen worden,[42]) daß Eigentum am freifließenden Wasser schon deswegen nicht anzuerkennen sei, weil keine Eigentumserwerbsart hier Anwendung finden könne. Darauf ist zu erwidern, daß Aneignungsakte und Verfügungen des Eigentümers in tatsächlicher Hinsicht gleichartig und nur rechtlich verschieden zu bewerten sind, indem die Handlung hier in Ausübung eines bereits bestehenden Eigen-

[42]) So besonders von Wappaeus S. 22; ähnlich Kloeß AS. u. WR. (S. 175, 176), Eymann II S. 441, 442.

tumsrechts, dort erst zur Erlangung eines solchen vorgenommen wird, sodaß also mit der Möglichkeit, Aneignungsakte vorzunehmen, auch die Möglichkeit tatsächlicher Verfügungsgewalt bejaht ist. Es handelt sich hier auch nur um die allgemeine Möglichkeit eines Eigentums und die Frage, ob ein solches im Einzelfall wirklich gegeben ist, hat auszuscheiden. Sie ist dann ohne weiteres zu bejahen, wenn ein Gesetz von Eigentum am Fluß etc. spricht. Hier ersetzt der Wille des Gesetzes die im gewöhnlichen Rechtsverkehr vorkommenden Arten des Eigentumserwerbs. Außerdem ist noch in Betracht zu ziehen, daß die Frage des Eigentumserwerbs im deutschen Recht nicht die Schwierigkeiten bietet wie im römischen Recht, wo eine durchgreifende Scheidung zwischen Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht fehlte, und daß vor allem hier das moderne Grundbuchrecht seine besonderen Wege weist.[43])

Als Schlußergebnis ist demnach festzustellen:

Eigentum an fließendem Wasser ist möglich. Eigentumsobjekt ist dabei die Wassermenge im Ganzen; das Eigentum am Ganzen ergreift aber naturnotwendig auch die einzelnen Wasserteilchen.

---

9. Kapitel.

Rechtliche Konstruktion des Gewässereigentums.

Die sich aus dem Gewässerbegriff ergebenden natürlichen Grundlagen für die Konstruktion des Gewässereigentums wurden in Kapitel 5 erörtert. Es wurde festgestellt, daß sowohl das Wassergrundstück wie das Wasser, jedes für sich, Eigentumsobjekt sein kann, daß aber die rechtliche Behandlung beider Begriffsbestandteile des Gewässers eine gleichartige sein muß, und endlich, daß der natürliche Ausgangspunkt für die rechtliche Konstruktion das Wassergrundstück ist. Die formelle Konstruktion des Rechtes am Gewässer ist also die gleiche, ob nun das Wassergrundstück oder das Wasser als ausschlaggebender Teil betrachtet wird. Im ersteren Falle wird das für das Gewässerbett maßgebende Recht einfach auf das Wasser erstreckt; im letzteren Falle wird das Rechtsverhältnis des Wassergrundes so geordnet, daß es der rechtlich und wirtschaftlich angemessenen

---

[43]) Davon, daß beim Gewässer, trotz der beweglichen Natur des Wassers Immobiliarsachenrecht in Betracht kommt, wird im folgenden Kapitel zu sprechen sein.

Behandlung des Wassers entspricht, und dann dieses mit Rücksicht auf das Wasser konstruierte Recht am Bett theoretisch wieder auf das Wasser ausgedehnt. Materiell ist je nach den natürlichen Verschiedenheiten der Gewässer bald das Wasser, bald das Wassergrundstück der ausschlaggebende Teil, formellkonstruktiv stets das letztere; es findet hier der Satz superficies solo cedit analoge Anwendung.

Die Konstruktion beruht auf dem Grundsatze, daß sich das Recht des Grundstückseigentümers nach oben in den Luftraum und nach unten in den Erdkörper soweit erstreckt, als der Grundeigentümer an der Ausschließung von Eingriffen Dritter Interesse hat, § 905 BGB. Aus logischen Gründen spricht die Vermutung dafür, daß dieses aus dem Grundstückseigentum emanierende Recht als Eigentum zu qualifizieren ist, sofern nur ein geeignetes Objekt in Frage kommt. Dieses ist aber beim Gewässer der Fall; das Eigentum am Wassergrund ergreift das auf diesem ständig oder jeweils vorhandene Wasser. Insofern erklärt sich auch die von Manchen betonte untrennbare Zugehörigkeit des Wassers zum Wassergrundstück als Bestandteil desselben. In dieser Konstruktion liegt auch der Grund, daß das einheitliche Gewässereigentum dem Immobiliarsachenrecht zugehört und sohin dem Grundbuchrecht unterliegt.

Bei richtiger Würdigung des Grundsatzes in § 905 BGB. läßt sich auch nicht gegen die bisher vertretene Anschauung von der Eigentumsfähigkeit der Gewässer der Einwand erheben, wie es Kloeß (WR. S. 176 FN. 1) tut, daß dann konsequenterweise außer dem freien Wasser auch die Luft über den Grundstücken und alle diesen Luftraum berührenden herrenlosen Tiere im Eigentum des Grundeigentümers stehen müßten. Derartige Konsequenzen aus der hier vertretenen Ansicht zu ziehen, ist durchaus ungerechtfertigt. Daß der natürliche Unterschied zwischen Luft und Wasser mindestens ebenso groß ist, wie der zwischen flüssigen und festen Körpern, wird auch von den Anhängern der Eigentumstheorie nicht verkannt werden. Und wenn man den Grundsatz des § 905 BGB. zur Konstruktion mit heranzieht, so ist dabei, wie schon angedeutet, zu beachten, daß das aus dem Grundeigentum abgeleitete Recht nicht gerade Eigentum sein muß,[44]) ja es braucht nicht einmal ein Sachenrecht zu sein, es können auch Rechte anderer Art, z. B. Verbietungs- und Ausschließungsrechte in Frage kommen.

---

[44]) Vgl. Staudinger-Kober I S. 203, Anm. zu § 905; Planck III S. 169; Meisner a. a. O. S. 1 bei Note 5.

Auf einer Verkennung des erwähnten Grundsatzes beruht es, wenn verhältnismäßig häufig von einem Eigentum am Wasserraum oder am Luftraum die Rede ist;[45]) zum mindesten ist diese Ausdrucksweise höchst ungenau; denn von einem Eigentum am Raume (im strengen metaphysischen Sinne) kann keine Rede sein. Es ist aber auch gar nicht nötig, der Frage des Eigentums am Wasser in dieser Weise auszuweichen, da nach dem Gesagten im Wasser ein brauchbares Eigentumsobjekt zu erblicken ist.

---

[45]) Z. B. RG. Bd. 10 S. 179, Bd. 53 S. 99; Dernburg BR. III S. 387 Kloeß AS. S. 50, 51.

Teil III.

Standpunkt des bayrischen Wassergesetzes vom 23. März 1907 und des sächsischen Wassergesetzes vom 12. März 1909 in der Eigentumsfrage.

A) Das bayrische Wasserrecht.

10. Kapitel.

Die öffentlichen Gewässer.

Das bayrische Wassergesetz vom 23. März 1907 brachte hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse der Gewässer, die es in seiner Abteilung I behandelt, im wesentlichen nur eine Konfikation des Rechtszustandes, wie er sich im Laufe eines halben Jahrhunderts auf der Grundlage der Wassergesetzgebung vom 28. Mai 1852, insbesondere des Wasserbenützungsgesetzes (WBG.), herausgebildet hatte. Es unterscheidet, wie fast alle Wassergesetze der Gegenwart, zwischen öffentlichen Gewässern und Privatgewässern. So sehr auch äußerlich diese Scheidung im Gesetze zum Ausdruck kommt, für die Frage des Eigentums am Gewässer ist dieser Unterschied wegen der Richtung, in welcher sich die Lehre von den öffentlichen Sachen in Bayern entwickelt hat, nur von geringer Bedeutung.

Oeffentliche Gewässer sind nach Art. 1 die Flüsse und Flußteile, welche zur Schiff- oder Floßfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht zur Schiff- oder Floßfahrt dienen (öffentliche Flüsse), dann die vom Staate errichteten Kanäle, soweit sie durch die Staatsregierung der Schiff- oder Floßfahrt eröffnet sind. (Abs. 2:) Welche Seen und sonstige geschlossene Gewässer als öffentliche zu betrachten sind, bemißt sich nach den bestehenden Rechtsverhältnissen. Diese öffentlichen Gewässer stehen nach Art. 2 im Eigentum des Staates. Mit dieser Bestimmung hat das Gesetz der durch den Wortlaut des entsprechenden Art. 1 WBG. verursachten Unklarheit ein Ende gemacht; es war dort bestimmt: die öffentlichen Gewässer bilden ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut. Im Laufe der Zeit hatte bei der Auslegung dieser Gesetzesstelle

die Eigentumstheorie über die Hoheitstheorie den Sieg davongetragen, und es galt schon vor dem Inkrafttreten des neuen Wassergesetzes in Bayern der Grundsatz, daß die öffentlichen Gewässer Staatseigentum seien.[46]) Nachdem das bayrische Recht sich gegen den, der französischen Rechtslehre entstammenden Begriff des domaine public oder öffentlichen Eigentums ablehnend verhalten hat, ist unter dem Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern ein durch die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung dieser Gewässer beschränktes Privateigentum zu verstehen.[47])

Dagegen hat das neue Gesetz die Unklarheit über das Objekt dieses Eigentums nicht beseitigt. Es spricht nur aus, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentum stehen, enthält aber keine Bestimmung darüber, ob dieses Eigentum auch das Wasser mit umfaßt.[48])

Einfacher gestaltet sich die Beantwortung dieser Frage bei den öffentlichen Seen und sonstigen geschlossenen Gewässern (z. B. Teiche, Weiher, Altwässer u. dgl.). Ohne daß eine ausdrückliche Erklärung hierüber im Gesetze oder in den Gesetzesmaterialien enthalten ist, muß entsprechend der allgemeinen Anschauung und im Hinblick auf Art. 16, der von den geschlossenen Privatgewässern handelt, angenommen werden, daß das Eigentum des Staates auch die Wassermenge ergreift.

Schwieriger ist dagegen bei den öffentlichen Flüssen die Stellungnahme des Gesetzes zur Eigentumsfrage zu erkennen. Dieser Mangel eines klaren Ausspruchs im Gesetze beeinträchtigt jedoch, so sehr er auch vom Standpunkt der Doktrin aus zu bedauern sein mag, die praktische Anwendbarkeit des Gesetzes nicht wesentlich. Es genügt, wenn das Gesetz theoretische Streitfragen nur insoweit löst bezw. nach der einen oder andern Rich-

---

[46]) Vgl. Brenner S. 31, 32; Dittmann a. a. O. S. 5; Eymann I S. 162, 188; Oertmann S. 403, 404; Seydel II S. 390, III. S. 251; Pözl, die bayrischen Wassergesetze (2. A., Erlangen 1889) S. 49; Reuß, die bayrischen Wassergesetze (2. A., Ansbach 1896); Kaisenberg a. a. O. S. 42; und die dort angeführten Entscheidungen des bayrischen Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes.

[47]) Seydel II S. 390, III S. 251; Brenner S. 32; Dittmann a. a. O. S. 5; Harster S. 19; Kaisenberg a. a. O. S. 43, 45. Über die Bedeutung der Fassung des Art. 2 WG. gegenüber dem Art. 1 WBG für die Schranken des Staatseigentums vgl. Harster S. 21.

[48]) Eine ähnliche Unklarheit bestand nach dem WGB.; vgl. hierüber u. a. Becher a. a. O. S. 443, 444 F. N. 1 gegen Roths Ansicht.

tung hin zur Entscheidung bringt, als es für den einheitlichen systematischen Aufbau des Gesetzes und für seine praktische Handhabung erforderlich ist. Die ins Einzelne gehenden Bestimmungen über die Benützung und Instandhaltung der Gewässer ermöglichen es, die Eigentumsfrage bei der praktischen Anwendung des Gesetzes bis zu einem gewissen Grade auszuhalten.

Aus den Vorschriften des 1. Abschnittes ergibt sich nichts positives darüber, ob das Gesetz das Eigentumsrecht des Staates auch auf das Wasser der öffentlichen Flüsse erstreckt wissen will, und auch die Bestimmungen über die Nutzungen der Gewässer und insbesondere über den Gemeingebrauch vermögen keine maßgebenden Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage des Eigentums am Flußwasser zu liefern, umsoweniger als bezüglich der Rechtsnatur des Gemeingebrauchs und der Wassernutzungen noch sehr verschiedene Anschauungen vertreten werden. Vgl. hierüber Dittmann a. a. O. S. 34 ff; Eymann I S. 164, 348, 349 ff., S. 423, 424; Harster S. 165, 171—173, 271—276; Eymann in Seuff. Bl. a. a. O. S. 571. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Gemeingebrauch und die besonderen Wassernutzungen sind zudem in einer Weise abgefaßt, daß sie weder gegen die eine, noch gegen die andere Ansicht über das Recht am Wasser der öffentlichen Flüsse sprechen. Fest steht nur, daß der Gemeingebrauch am Wasser der öffentlichen Flüsse die Annahme eines Eigentums daran nicht ausschließt; vgl. hierüber die Angaben in FN. 29.[49])

Während so das Gesetz selbst der Auslegung in dieser Hinsicht freien Spielraum gewährt, findet sich in den Gesetzesmaterialien eine Stelle, welche darauf schließen läßt, daß beim Entwurfe des Gesetzes von einem Eigentum des Staates auch am Wasser der öffentlichen Flüsse ausgegangen wurde.

In der Begründung des Gesetzentwurfs (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten im Jahre 1905/06, Beilagen-Band I, Beilage 9, S. 536—580) ist nämlich zu Art. 71 des Entwurfs (Art. 73 des Gesetzes) S. 561 ausgeführt: „Die Erhebung von Gebühren für die Gewährung besonderer Nutzungen rechtfertigt

[49]) Harster, der S. 16 unter Berufung auf den Gemeingebrauch die Annahme eines Eigentums an den einzelnen Wasserteilchen ablehnt, weist S. 89 gegenüber Eymann selbst darauf hin, daß die Zulassung des Gemeingebrauchs nicht als Beweis dafür angesehen werden könne, daß das Gesetz Eigentum am Flußwasser überhaupt nicht anerkenne.

sich aus dem Gesichtspunkte, daß der Staat durch die von ihm erteilte Erlaubnis die Herstellung von Anlagen an den im Staatseigentum befindlichen Flüssen gestattet, insbesondere aber die Ausnützung der im Staatseigentum stehenden in hohem Grade wertvollen Wassermengen an dritte — — — überläßt etc.“

Nachdem die Bestimmung in Art. 2: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates“, an sich schon die Annahme von Eigentum an Bett und Wasser nahe legt[50]) und nachdem keine Vorschrift des Gesetzes dieser Annahme direkt widerstreitet, dürfte damit der Standpunkt des Gesetzes in der Eigentumsfrage, wenigstens bezüglich der öffentlichen Gewässer, hinlänglich klargestellt sein.

Eigentum an Bett und Wasser der öffentlichen Flüsse nehmen auch Brenner S. 32 und Harster S. 16 an, (letzterer mit der früher erörterten ungerechtfertigten Einschränkung auf die Gesammtwassermenge.).

Kapitel 11.

Die Privatgewässer.

Unter den Privatgewässern unterscheidet das bayrische Wassergesetz geschlossene Gewässer und Privatflüsse und Bäche.

Ueber die geschlossenen Gewässer sagt Art. 16, Abs. 1: „Soweit nicht andere Rechtsverhältnisse bestehen, erstreckt sich das Eigentumsrecht an einem Grundstück auf das Wasser, welches

1. auf dem Grundstück in Seen, Weihern (Teichen), Zisternen, Brunnen und andern Behältern, in künstlich angelegten Wasserleitungen, Kanälen und Gruben sich befindet,
2. auf dem Grundstück unterirdisch vorhanden ist (Grundwasser),
3. darauf entspringt (Quelle) oder sich natürlich sammelt, solange es von dem Grundstücke nicht abgeflossen ist.“

---

[50]) Die Auslegung, die Eymann I S. 169 dem Art. 2 gibt, um ihn seiner Theorie anzupassen, läuft darauf hinaus, daß zwar „die Gewässer in ihrer geschlossenen Wesenheit — im Gegensatze zu den eigentlichen Grundstücken“ Gegenstände des Eigentums sind, daß aber das Wasser der Gewässer nur als ein zufällig auf das Grundstück gelangter beweglicher Gegenstand angesehen und der Luftsäule über einem Grundstück gleichgestellt wird. Damit ist Eymann glücklich zu dem Begriff eines Gewässers ohne Wasser gelangt.

Diese Bestimmung entspricht dem Art. 33 WBG.; nur ist im neuen Gesetze mit voller Deutlichkeit zum Ausdruck gekommen, daß das Wasser selbst vom Eigentum ergriffen wird, während die Fassung des Art. 33 WBG. „zum Privateigentume des Grundbesitzers gehören —" hierüber, bes. bei Kanälen und Wasserleitungen, noch Zweifel zuließ. Die allgemeine Meinung hatte jedoch schon auf Grund des alten Rechtes Eigentum am Wasser selbst angenommen; vgl. Oertmann S. 401, 402, 422; Harster S. 88; auch Pözl a. a. O. S. 97 ff. und Reuß a. a. O. S. 65 ff. werden hier anzuführen sein.

Das Gesetz nimmt in Art. 16 f. unter den Begriff der geschlossenen Gewässer, richtiger: geschlossenen Privatgewässer, deren Eigentumsverhältnisse es nach einem dem § 905 BGB. analogen Grundsatze regelt, auch solches Wasser auf, welches, wie Quellen, Kanäle, Wasserleitungen, nach der natürlichen Einteilung zu den fließenden Gewässern gehört oder, wie freiablaufendes Niederschlagswasser und Grundwasser, überhaupt nicht zu den Gewässern im engeren Sinne gerechnet wird. (Vgl. Harster S. 2; Eymann I S. 163, 184; Schenkel a. a. O. S. 25.) Durch die Hereinziehung der Quellen, Kanäle und Wasserleitungen hat das Gesetz zu erkennen gegeben, daß ihm ein Eigentum am fließenden Wasser schlechthin nicht fremd ist.

Unter den Privatflüssen unterscheidet das bayrische Wassergesetz nach den Eigentumsverhältnissen drei Kategorien: Privatflüsse und Bäche im Eigentum der Ufereigentümer (nach Art. 21), solche im Eigentum des Staates (nach Art. 23) und solche im Eigentum Dritter (nach Art. 24). Es schließt sich damit dem bisherigen Rechtszustand an, vgl. WGB. Art. 39, 40.

Was die Stellung des Gesetzes zur Frage des Eigentums am Wasser anlangt, so ist im Hinblick auf das oben bei den öffentlichen Flüssen Gesagte der Schluß berechtigt, daß auch bei den Privatflüssen das Gesetz wirkliches Eigentum am Wasser schaffen wollte. Es kommt hier vor allem Art. 21 in Frage, der in etwas präziserer Form den Art. 39 WGB. wiedergibt, der seinerseits durch Art. 147 Z. III AG. z. BGB. eine Anpassung an das neue bürgerliche Recht erfahren hatte. Sein Wortlaut in Abs. 1: „die Privatflüsse und Bäche sind, soweit nicht andere Rechtsverhältnisse bestehen (Art. 23, 24), Bestandteil der Grundstücke, zwischen denen sie hindurchfließen", spricht für die An-

nahme eines Eigentums am Wasser,[51]) wenn dies auch nicht mit der Klarheit zum Ausdruck kommt wie z. B. in Art. 16 hinsichtlich der geschlossenen Gewässer; vgl. Harster (S. 89 unten) gegen Eymann. Andere Gesetzesbestimmungen stehen dem zum mindesten nicht entgegen, wenn auch zuzugeben ist, daß die Annahme eines bevorrechtigten Aneignungs- bezw. Gebrauchsrechtes am Wasser, wie es Eymann I S. 168 vertritt,[52]) durch sie ebenfalls nicht direkt ausgeschlossen wird. Anzuführen sind hier Art. 44, 47 I, 157 und 158 („Benützung des ihm zustehenden Wassers").

So haben sich auch Harster (S. 16, 17, 89) und Brenner (S. 32, 89 Anm. 6, 152, 162, 371 unten) für die Annahme eines Eigentums am Wasser der Flüsse entschieden.

B) Das sächsische Wasserrecht.

12. Kapitel.

Die öffentlichen Gewässer.

Die Vorgeschichte des künftig geltenden sächsischen Wassergesetzes vom 12. März 1909 wird beherrscht von dem Kampfe der Meinungen in der Frage der Oeffentlichkeit der Gewässer und damit auch in der Eigentumsfrage.[53]) Der dem sächsischen Landtage mit Dekret vom 30. November 1905 vorgelegte Entwurf eines Wassergesetzes[54]) folgt, von der herrschenden Anschauung im gemeinen Rechte ausgehend, wie das württembergische Wassergesetz vom 1. Dezember 1900 dem Grundsatze, alle ständig freifließenden Gewässer für öffentliche zu erklären.

[51]) Wenn Eymann I S. 332 Anm. 6 erklärt „Aus dem Ausdrucke „zwischen denen sie hindurch fließen" geht hervor, daß die Privatflüsse im Grunde nichts anderes sind, als eine besondere Art von Grundstücken", so betont er dabei einseitig, den Grundstücksbestandteil und übersieht, daß gerade die Ausdrucksweise des Gesetzes (hindurch fließen) zu erkennen gibt, daß das Wasser mindestens als gleichwichtiger Begriffsbestandteil des Flusses zu gelten hat.

[52]) Dagegen Harster S. 90.

[53]) Vgl. die allgemeinen Debatten in den Mitteilungen über die Verhandlungen des sächsischen Landtags 1905 1906, 1. Kammer S. 821—843, 2. Kammer S. 1276—1317.

[54]) (Sächsische) Landtags-Akten von 1905 1906, kgl. Dekrete, 3. Band, Nr. 17.

Der Verfasser dieses Entwurfs und seiner Begründung — Schelcher — unternimmt es, in ausführlichen, auf viele Stellen in Literatur und Rechtsprechung sich stützenden Darlegungen nachzuweisen, daß der angeführte Grundsatz dem bestehenden Rechtszustande in Sachsen entspreche und durch die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens erfordert werde.

Dieser in § 1 des Entwurfs zum Ausdruck gekommene Standpunkt wurde vielfach bekämpft; insbesondere weist Georgi in seiner Schrift „Der sächsische Entwurf eines Wassergesetzes" (Leipzig 1907) mit vollster Entschiedenheit darauf hin, daß die in Aussicht genommene grundsätzliche Regelung nicht nur einen gewaltsamen Eingriff in die bestehenden Rechtsverhältnisse bedeute, sondern daß sie in manchen Punkten ihrer Ausgestaltung auch den volkswirtschaftlichen Anforderungen nicht gerecht werde.

Die Gegner jener weitgehenden Publizität der Gewässer trugen schließlich auch den Sieg davon. Aus § 1 des Entwurfs: „Die Benutzung und Unterhaltung der in natürlichem oder künstlichem Bette ständig fließenden Gewässer (öffentliche Gewässer) unterliegt der Aufsicht des Staates nach den Vorschriften dieses Gesetzes" wurde die den bestehenden Rechtsverhältnissen mehr Rechnung tragende Bestimmung in § 1 Abs. 1 des Gesetzes: „Die Benutzung und die Unterhaltung der fließenden Gewässer unterliegen der Aufsicht des Staates nach den Vorschriften dieses Gesetzes. Fließende Gewässer im Sinne dieses Gesetzes sind alle öffentlichen und privaten Gewässer, die sich in natürlichem oder künstlichem Bette ständig bewegen."

Das Gesetz kennt sonach neben öffentlichen Flüssen [55]) auch private Flüsse und läßt, unter Verzicht auf eine Neuregelung, für die Abgrenzung dieser beiden Arten den bisherigen Rechtszustand maßgebend sein. [56])

Welche Wirkung hat nun aber nach sächsischem Rechte die öffentliche Eigenschaft eines Gewässers auf die Eigentumsfrage? Die Lehre von den öffentlichen Sachen hat sich in Sachsen, wenigstens in ihrer formellen theoretischen Ausgestaltung, nicht

---

[55]) Für Sachsen kommen nur Flüsse als öffentliche Gewässer in Betracht.

[56]) Im großen und ganzen herrscht das deutschrechtliche Prinzip, wonach nur die schiffbaren Flüsse als öffentliche gelten. Vgl. über den bisherigen Rechtszustand: Georgi a. a. O. S. 28—53; Begründung des Entwurfs S. 38 (Dekret Nr. 17); Georgi in den Mitteilungen der 1. Kammer S. 824—826.

nach der gleichen Richtung wie in Bayern entwickelt. Während man hier an den öffentlichen Flüssen privatrechtliches, aber mannigfachen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterliegendes Eigentum des Staates annimmt, beharrte man in Sachsen bei dem hergebrachten etwas unklaren Begriffe des Gemeingutes, der dem allgemeinen Nutzen dienenden, dem ausschließenden Sonderrechte des Einzelnen entzogenen öffentlichen Sache, ohne eine strikte Formulierung hiefür zu geben. So unterläßt es auch das neue Wassergesetz, das Wesen der Oeffentlichkeit und seine Wirkung auf das Eigentum näher zu erläutern. Dazu kommt, daß es auch in seinem Aufbau nicht die scharfe Scheidung nach öffentlichen und Privatgewässern aufweist, wie das bayrische Gesetz, sondern die allgemeinen Rechtsverhältnisse der verschiedenen Arten der Gewässer gleichzeitig und unausgeschieden in seinem ersten Teile behandelt.

Dagegen ist nach sächsischem Rechte zwischen Wasser und Bett, die, abweichend vom römischen Rechte und der Mehrzahl der deutschen Wasserrechte, eine gesonderte Behandlung erfahren, ein Unterschied zu machen.

Am Gewässerbett auch der öffentlichen Flüsse kennt das neue sächsiche Wassergesetz nach § 5 Eigentum des Staates bezw. von Privaten. Vgl. §§ 3, 3a des Entwurfs. Hingegen verneint das Gesetz die Möglichkeit eines Eigentums am Wasser der öffentlichen Flüsse. Dies geht weniger aus den Worten des Gesetzes selbst, aber mit vollster Deutlichkeit aus seinen Materialien, insbesondere aus der Begründung des Entwurfs hervor. Vgl. auch § 1 des Entwurfs vom 27. 10. 1845 (abgedruckt S. 35 der Begründung). Am Wasser der öffentlichen Flüsse gibt es nach sächsischem Rechte mithin kein Privateigentum — auch nicht des Staates — sondern höchstens Sondernutzungsrechte.

---

13. Kapitel.
Die Privatgewässer.

Das sächsiche Gesetz vom 12. März 1909 kennt zwei Arten von Privatgewässern: die Privatflüsse nach § 1 Abs. 1 und die sog. Eigentumsgewässer[57]), die in § 1 Abs. 2 aufgezählt werden (vgl. § 2 Abs. 2 des Entwurfs und Art. 16 des

[57]) Vgl. die authentische Inhaltsangabe zu § 4 des Gesetzes, ferner zu § 40 und die Überschrift vor diesem Paragraphen.

bayrischen Wassergesetzes), nämlich: 1. die unterirdischen Gewässer (Grundwässer), 2. die Quellen und die Abflüsse von den Quellen fließender Gewässer, solange sie noch nicht das Ursprungsgrundstück oder das damit in natürlichem oder wirtschaftlichem Zusammenhange stehende Besitztum des Eigentümers dieses Grundstückes dauernd verlassen haben, 3. die Gewässer, die auf Grund einer behördlich erlaubten oder einer solchen gleichstehenden Wasserbenutzung aus einem fließenden Gewässer künstlich abgeleitet und nicht wieder in ein solches zurückgeleitet werden, 4. die vermöge eines dinglichen Rechtes auf fremde Grundstücke geleiteten Wässer der in Z. 1, 2 und 3 bezeichneten Art.

Der Unterschied in der rechtlichen Behandlung der beiden Kategorien liegt darin, daß bei den Privatflüssen dem Staate hinsichtlich der Benutzung und Unterhaltung die gleichen umfassenden Aufsichtsbefugnisse zustehen wie bei den öffentlichen Flüssen, während bei den Eigentumsgewässern das staatliche Aufsichtsrecht nur in einigen bestimmten, im Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen platzgreift.

Was die Eigentumsverhältnisse betrifft, so nimmt das Gesetz bei den Privatflüssen Eigentum am Gewässerbett an (§ 5), und zwar bildet wie nach bayrischem Rechte das Eigentum der Anlieger die Regel; für den Fall des Eigentums Dritter am Flußbett setzt § 6 besondere Rechte des Anliegers hinsichtlich des Flußbettes fest. Bei den natürlichen und den künstlichen Eigentumsgewässern greift § 4 ein, wonach sich das Grundeigentum von selbst auf die Eigentumsgewässer in seinem Bereiche erstreckt. Damit ist zugleich zum Ausdruck gekommen, daß dem Gesetze Eigentum am fließenden Wasser nicht fremd ist, wie dies ja auch aus § 153 (§ 13 des Entwurfs) hervorgeht, wo neben dem im Benutzungsrechte Dritter stehenden Wasser auch im Eigentum Dritter stehendes Wasser erwähnt wird.

Dagegen läßt sich die Frage, ob nach dem Gesetze auch am Wasser der Privatflüsse Eigentum anzunehmen sei, nicht zweifelsfrei entscheiden. Der Wortlaut von § 3 Satz 1: „Privatrechte, insbesondere Benutzungsrechte an den fließenden Gewässern werden durch die Vorschriften dieses Gesetzes nicht berührt“ kann zugunsten des Eigentums verwertet werden; doch darf andererseits nicht unberücksichtigt bleiben, daß gerade nach der im bisherigen Rechte herrschenden Lehre zwar an Privatflüssen und Bächen im Ganzen, nicht aber am fließenden Wasser derselben Eigentum anerkannt wurde.

Schluß.

Als Ergebnis der vorliegenden Untersuchung ist somit festzustellen:

Volles Eigentum am Gewässer in dem Sinne, daß sowohl das Wasser wie das Bett vom Eigentum mitumfaßt wird, ist rechtlich möglich.

Es ist zuzugeben, daß eine gesetzliche Regelung, die ein Eigentum am Gewässer in diesem Sinne nicht anerkennt, den Bedürfnissen des praktischen Lebens ebenfalls gerecht werden kann. Andererseits ist auch keine Gefährdung der Interessen der Allgemeinheit darin zu erblicken, wenn Sondereigentum, sei es des Staates oder eines Kommunalverbandes, sei es von Privaten, anerkannt wird. Denn die natürlichen Verhältnisse und die volkswirtschaftlichen Bedürfnisse sind derart übermächtig und die Gesetzgebung hat ihnen schon so lange – wenn auch nicht immer in genügendem Maße — Rechnung getragen, daß der Gesetzgeber niemals mehr dazu kommen kann, das Sondereigentum in jenem strengen römisch-rechtlichen Sinne als willkürliche Verfügungsmacht ohne jede Einschränkung im Interesse der Allgemeinheit auszugestalten. So hat auch Jahns seinem „naturgemäßesten Wasserrecht“ das volle Gewässereigentum als Grundlage gegeben. Die Statuierung eines Gewässereigentums bietet aber auch erhebliche Vorteile für die wissenschaftliche Konstruktion, wie für die praktische Anwendung eines Wasserrechtes. Es wird damit all den Einzelbestimmungen, die ein Wasserrecht der Gegenwart notwendig enthalten muß, eine feste Grundlage gegeben, von der aus ihre Rechtsnatur bestimmt werden kann; all die Rechte und rechtsähnlichen Befugnisse, die den verschiedenen Personen eingeräumt werden, lassen sich auf eine feste Basis zurückführen, und Lücken, die auch ein ins speziellste gehendes Wassergesetz — vielleicht gerade wegen seines allzu kasuistischen Aufbaues — stets haben wird, lassen sich auf Grund der einheitlichen Idee eines Gewässereigentums sinnentsprechend ausfüllen.